

**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

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

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. 21, n.34.	377 p.	2017.
---	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--|--|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | Jete Jane Fiorati (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | João Paulo Capelotti (ISHS) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul) | Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Fabrizio Bertini Pasquot Polido (UFMG) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda) | Vânia B. Rey Paz (UFMS) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Gilsilene Passon Picoretti Francischetto (FDV) | Victor Hugo de Almeida (Unesp) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | 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) |
| André Luiz Pereira Spinieli (Unesp) | Gabriel Moura Aguiar (Unesp) |
| Laura Rizzo (Unesp) | Maiara Motta (Unesp) |
| Thales Braghini Leão (Unesp) | Tiago Fernandes Guedes de Carvalho (Unesp) |
| Victor Luiz Pereira de Andrade (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 - 2017, 21-34
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 34, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/UNESP/Franca. Quanto à distribuição dos 15 (quinze) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme 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 6 (seis) 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 realizadas no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos/as que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da revista, desejando que os 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

A VOCAÇÃO DA REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DA UNESP - REJ

Pouco antes de falecer, em 1918 na Universidade de Munique, Max Weber proferiu duas palestras para estudantes: *Wissenschaft als Beruf* e *Politik als Beruf*. Em ambas e por preferência didática se afastou do estilo que pode ser encontrado em seus distintos trabalhos acadêmicos. Com didática procurou explicar aos estudantes o papel e a situação da Universidade e do Estado naquele momento histórico. Essas obras podem ser encontradas em português como “A Ciência como vocação” e “A Política como vocação”.

No opúsculo sobre a Ciência, o autor disserta sobre em que condições o conhecimento científico de seu tempo na Alemanha se construiu e se consolidou, como se profissionalizou e quais os pressupostos para a sua existência, o seu progresso e a sua vitalidade. A certo momento do texto conclui que o progresso em ciência está intimamente ligado a capacidade de produzir novos questionamentos e aos novos questionamentos, inovadoras respostas. Segundo o autor, o sentido de toda obra científica é

produzir novas indagações, o que, por paradoxo, a torna constantemente envelhecida e superada.

A lembrança de Weber e suas reflexões surgem e se impõem em uma edição comemorativa de um periódico científico. Impõem-se como juízo crítico sobre o espaço em que no correr dos anos essa ciência jurídica aqui ilustrada foi feita, em que condições e com quais propósitos. O juízo crítico é recomendável como apresentação do número que chega às mãos do leitor, é necessário para compreensão da produção científica que até o momento se fez e é indispensável para uma produção que se propõe com perenidade oferecer novas questões e novos caminhos para o desenvolvimento da pesquisa em Direito.

Nesse sentido, a REJ - Revista de Estudos Jurídicos – UNESP é um periódico semestral vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. A UNESP, por seu lado, é uma universidade jovem, ao menos se comparada com Bolonha (1088), Oxford (1096), Paris (1170), Cambridge (1209), Coimbra (1290), Heidelberg (1386), Harvard (1636), Yale (1701), USP (1934) e UNICAMP (1966). Foi fundada em 1976 a partir da reunião dos institutos isolados (unidades universitárias presentes em diversos pontos do interior do Estado de São Paulo e criadas, em grande parte, nas décadas de 50 e 60). São suas marcas indelévels a ampla autonomia de seus distintos campi, sua inserção pelo interior do Estado de São Paulo e a juventude e o arrojo de seus pesquisadores e de seu corpo docente. Uma universidade vocacionada para o fazer diferente e de se construir o diferente. O experimentalismo e a originalidade diante dos cânones dominantes foram e são exigência para sua sobrevivência, crescimento e consolidação.

Essas características impactam, condicionam e informam o Programa de Pós-Graduação em Direito. Criado em dezembro de 1989, no correr de seus trinta anos de existência, tem granjeado destaque na produção científica jurídica. Seu propósito institucional consiste no

progresso, na originalidade, na inovação e no impacto de sua produção. Esta busca incessante não consiste em um fim em si mesmo. Afinal, a produção científica não é uma mercadoria sujeita à livre disposição - que se compra, vende, barganha e consome -, mas um produto que agrega capacidade transformativa. Capacidade transformativa que está atrelada aos destinos da nação brasileira.

A Revista de Estudos Jurídicos - REJ - no correr dos anos demonstra, prova e evidencia o cumprimento de todos estes objetivos.

A edição comemorativa que ora se leva à comunidade científica é mais um exemplo dos princípios que a inspiraram, como também um aceno para os desafios a serem enfrentados. Em um momento diagnosticado pelos diversos setores da academia brasileira como de crise, a produção dos diversos autores que assinam este número exhibe-se: a) pelo compromisso com a excelência, a atualidade e a originalidade; b) pela sensibilidade para a superação das injustiças; c) pela fé inabalável na Democracia, em uma pauta de Direitos Humanos e no Estado de Direito; d) pela vocação para o caráter transformador do conhecimento científico jurídico.

Esta vocação para realizar em grau máximo os propósitos que foram enunciados é ratificada semestralmente há 30 anos. A edição comemorativa é o atestado de que o chamado, que regularmente de seis em seis vezes se faz, tem contado com a resposta, a participação e o engajamento do que há de original, excelente e impactante na pesquisa em Direito. A efeméride da edição é a oportunidade para reafirmar o projeto científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesp e o apelo para que nos próximos trinta anos novos vocacionados venham construir esse projeto que é aberto, plúrimo e comum.

Prof. Dr. José Duarte Neto

Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Direito da UNESP – Câmpus de Franca

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

ÉTICA E DIREITOS HUMANOS EM NIETZSCHE: O CONCEITO DE DIREITO COMO QUANTUM DE PODER

Vinicius Fernandes Ormelesi 15

A INFLUÊNCIA DO DOGMA DO PURGATÓRIO NA JUSTIÇA PENAL CANÔNICA: A FUNDAMENTAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA CRIMINAL NOS SÉCULOS XI E XIII

César Cardoso de Souza Neto

Felipe Luiz Piña 35

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Renato Maso Previde

Antonio Machado Guedes Alcoforado 55

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: INTERCULTURALIDADE, PACHAMAMA E O BUEN VIVIR

Juliano Ralo Monteiro

Camila Bertoni Carneiro dos Santos 93

DA LEX MERCATORIA À OMC: UM HISTÓRICO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL NO SÉCULO XX

Gabriel Moura Aguiar

Jete Jane Fiorati 117

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A TUTELA DOS TRABALHADORES: ASPECTOS RELEVANTES DO RISCO INERENTE À ATIVIDADE LABORAL E DA INTERDEPENDÊNCIA DE OUTROS RAMOS DO DIREITO NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Luiz Henrique Sormani Barbugiani143

EMPRESA PANÓPTICA: PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE DO EMPREGADO DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE TECNOLOGIA

Ney Maranhão

Davi Barros Benevides

Marina Nogueira de Almeida167

AS DINÂMICAS GLOBAIS DO TRABALHO FORÇADO: A VULNERABILIDADE TRABALHISTA DO MIGRANTE FRENTE ÀS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS

Thiago Gonçalves Paluma Rocha

Letícia Arantes Kehdi191

DO CAFÉ À SOJA: A REPRODUÇÃO BRASILEIRA DA ESTRUTURA AGRÁRIA ARTICULADA A PARTIR DE FLORESTAN FERNANDES

Vanessa de Castro Rosa213

LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

AÇÕES GOVERNAMENTAIS E POLÍTICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Humberto Bersani

Karina Santana Hernandes227

DERECHOS HUMANOS, SINHOGARISMO Y ASISTENCIALISMO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EXPERIENCIAS DE ESTRATEGIAS DE LUCHA POR LA DIGNIDAD EN SEVILLA (ESPAÑA)

Nuria Cordero Ramos

Manuel Muñoz Bellerin259

DIREITO À INTIMIDADE VS. DIREITO À INFORMAÇÃO: ADI 4.815/DF E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

José Duarte Neto

Laura Rizzo277

UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE BIOGÁS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Alexandre Walmott Borges

Marcelo Caetano Melo

Loyana Christian de Lima Tomaz311

JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A FUNDAMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DISTRIBUTIVAS SOCIOCULTURAIS

Valena Jacob Chaves

Paulo Isan Coimbra da Silva Junior331

PRISÃO PREVENTIVA E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LEI 12.403/11 NA COMARCA DE FRANCA-SP

Gustavo Lelles Menezes

Paulo César Corrêa Borges351

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

ÉTICA E DIREITOS HUMANOS EM NIETZSCHE: O CONCEITO DE DIREITO COMO QUANTUM DE PODER

ETHICS AND HUMAN RIGHTS BY NIETZSCHE: THE CONCEPT OF RIGHTS AS QUANTUM OF POWER

Vinicius Fernandes Ormelesi *

SUMÁRIO: Introdução. 1 A crítica de Nietzsche à civilização. 2 O direito e o processo civilizatório. 3 Nietzsche e os direitos humanos. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este trabalho investiga o conceito de direitos subjetivos na obra do filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1844-1900) numa contraposição à crítica nietzschiana à noção moderna de direitos humanos. Parte-se de uma interpretação dos textos do filósofo calcada na ideia de que seu pensamento só pode ser compreendido como uma crítica à civilização ocidental, à qual a ideia de direitos do homem pertence. Pretende-se ofertar um entendimento dos direitos subjetivos enquanto graus de poder reconhecidos e garantidos, baseando na relação que o filósofo estabelece entre direito e força e em sua rejeição pela doutrina dos direitos iguais. Não só a tese nietzschiana contraria a filosofia do direito tradicional como também se mostra uma proposta ética contrária ao conceito kantiano de dignidade humana.

Palavras-chave: Nietzsche. Direitos humanos. Ética. Política. Poder.

ABSTRACT: *This paper investigates the concept of subjective rights in the work of the German philosopher Friedrich Nietzsche (1844-1900) in opposition to the Nietzschean critique of the modern notion of human rights. It starts from an interpretation of the philosopher's texts based on the idea that his thinking can only be understood as a critique of Western civilization, to which the idea of human rights belongs. It is intended to offer an understanding of subjective rights as recognized and guaranteed degrees of power, based on the relationship the philosopher establishes between law and strength and his rejection of the doctrine of equal rights. Not only does the Nietzschean thesis contradict the traditional philosophy of law, but it also proves to be an ethical proposition contrary to the Kantian concept of human dignity.*

Keywords: *Nietzsche. Human rights. Ethics. Politics. Power.*

INTRODUÇÃO

O intuito deste ensaio é tentar traçar na obra do filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1844-1900) um conceito de direitos humanos. Busca-se averiguar se é possível estabelecer uma ética sobre direitos humanos em Nietzsche. Tal tarefa é audaciosa quando se percebe que a maioria das tratativas sobre direitos humanos toma como ponto de partida um viés kantiano, dentre as quais a tentativa de fundamentação dos direitos

* Doutor (2019) em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestre (2013) e graduado (2010) em Direito pela UNESP. Especialista em Docência do Ensino Superior. Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais e da Faculdade de Educação São Luis de Jaboticabal. Líder do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito, Estado e Modernidade (NEDEM). Advogado.

Artigo recebido em 17/09/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: ORMELESI, Vinicius Fernandes. Ética e direitos humanos em Nietzsche: o conceito de direito como *quantum* de poder. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 15-34, jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

humanos por Heiner Bielefeldt (2000) é um exemplo notável. Seguindo a orientação de Kant nos *Fundamentos da metafísica dos costumes*, ele comenta que “[...] a moralidade não pode ser entendida como privilégio dos intelectuais”, sendo “[...] atentado contra o respeito devido ao destino moral de cada pessoa, caso a filosofia se atrevesse a formular princípios morais *ex nihilo* e a doutrinar a população a população com uma *nova moral*.” (BIELEFELDT, 2000, p. 64, grifo do autor).

Por isso, julga que “a filosofia moral comprova ser relativamente secundária, quando comparada à reivindicação moral da realidade, ao referir-se reflexivamente sobre essa – dada – reivindicação, a fim de esclarecê-la e comprová-la metodicamente.” (BIELEFELDT, 2000, p. 64). Isso é o que teria feito Kant em sua metafísica dos costumes, a descoberta de uma nova fórmula para a moral (o imperativo categórico), não uma nova moral, porém uma fórmula que abriria caminho para a crítica e teria enorme proveito prático a exemplo de uma nova fórmula matemática para resolver um antigo problema.

Ora, o que se propõe aqui é justamente o contrário. Trabalhar com Nietzsche exige sempre questionar todos os valores, sobretudo a moral vigente. O que fez o filósofo de Röcken foi exatamente oferecer uma nova moral para um mundo que se encontrava (e se encontra ainda hoje) em decadência devido a uma velha moral, jamais uma nova fórmula que pudesse ajudar a fundamentar a moral ocidental. Neste sentido, procuramos investigar a proposta de uma nova configuração para os direitos subjetivos na obra nietzschiana e nela averiguar se existe espaço para uma proposta ética de direitos humanos.

Por outro lado, a literatura especializada tende a enxergar Nietzsche como um adversário feroz da ideia de direitos humanos.¹ Baseando-se nas críticas que o filósofo dirige às concepções políticas modernas, como a democracia, Mineau (1989, p. 879) sustentou que Nietzsche seria contrário aos direitos humanos por não aceitar que o ser humano possa possuir um valor que lhe é intrínseco (a dignidade) e que o fim da ação política seja o bem comum, pressuposições nas quais a noção moderna de direitos do homem estaria fundamentada. Logo, para Nietzsche, a finalidade da ação política não seria a promoção do bem coletivo, mas sim a criação das condições hábeis

¹ A título de exemplo, Litowitz (1994) considera que, além de não possuir uma filosofia sistemática do direito, Nietzsche é comumente tratado como um pensador que apresenta uma atitude negativa em relação ao direito, chegando inclusive a negar a existência de direitos humanos básicos. “[...] Nietzsche did not present anything resembling a systematic philosophy of law, and is generally thought to have been a legal nihilist who denied the existence of basic human rights.” (LITOWITZ, 1994, p. 393).

para o surgimento de tipos mais elevados de homens. Do mesmo modo, para tanto, não se deveria buscar por aquilo que une os homens (a humanidade), pois são as singularidades que permitem a possibilidade dos tipos elevados.² Informado por essas premissas, Mineau (1989) chega à conclusão de que Nietzsche acredita serem os direitos humanos um artifício usado pelos fracos, assim como a ideia de Deus, para se defenderem dos fortes.

Entretanto, afirmar que Nietzsche era contrário à noção de direitos humanos de sua época, não basta para evidenciar que o filósofo fosse contrário à existência de direitos. Assim, a crítica nietzschiana à doutrina dos direitos do homem é feita com base em um conceito de direito bastante delimitado. Nietzsche associa as noções de direito e de poder numa relação diretamente proporcional, colocando-se contrário a uma visão estática de direitos. Assumindo-se que o dinamismo é um traço marcante na filosofia do filósofo alemão, pretendemos analisar suas ideias a respeito do direito, destacadamente aquelas contidas no aforismo 112 de *Aurora*.

Para a compreensão dos escritos do filósofo, nosso estudo toma por base duas interpretações da filosofia nietzschiana. A primeira delas é a de Scarlett Marton (1990), para quem o pensamento do filósofo pode ser compreendido melhor pelo prisma da cosmologia.³ Segundo a autora, uma das premissas do pensamento nietzschiano é a de que qualquer estado de coisas a que se chegue nunca é um estado definitivo, razão pela qual o dinamismo seria um aspecto marcante de seu pensamento. A segunda é a de Patrick Wotling (2013), para quem a questão central que anima as reflexões de Nietzsche é o problema da civilização.⁴ Para este intérprete, a filosofia do autor de Zarathustra apenas pode ser pensada no contexto de um processo civilizacional responsável pelos valores da moralidade e pela forma de encarar o mundo dos ocidentais.

² *“As for the natural goal of politics, according to Nietzsche, it has nothing to do with common good. To him, common good means literally the good of the commons, and he sees no point in diverting spirit and energy from what should be the main task of great politics: the nurturing of those superior men who represent the best hopes for the overcoming of man. [...] Nietzsche does not accept the human rights founding principle that men are values in themselves simply because they are human. It is natural differences between them which are relevant here [...]”* (MINEAU, 1989, p. 880).

³ “No terceiro período da obra, Nietzsche está convencido da possibilidade de construir uma cosmologia não metafísica, uma cosmologia que se apoie em dados científicos. Vontade de potência e pluralidade de forças constituiriam seus elementos centrais.” (MARTON, 1990, p. 57).

⁴ “A civilização ou a cultura, no sentido amplo e renovado que Nietzsche dá a esse termo, representa o problema organizador da investigação nietzschiana, e substitui as problemáticas clássicas da reflexão filosófica. Sentido renovado, pois essa cultura não é o saber, muito menos a erudição; ela abarca, pelo contrário, o conjunto das manifestações da atividade humana.” (WOTLING, 2013, p. 28).

1 A CRÍTICA DE NIETZSCHE À CIVILIZAÇÃO

Norbert Elias, em seu *Processo Civilizador*, procura diferenciar as acepções *Zivilisation* e *Kultur* a partir de uma sociogênese das duas expressões no contexto alemão. Ele expõe que o segundo termo é mais caro aos alemães na medida em que foi utilizado como diferencial pela burguesia ascendente no século XVIII contra a aristocracia. Enquanto os aristocratas alemães buscavam se civilizar mediante um afrancesamento de seus modos, a burguesia buscou nas atividades intelectuais e artísticas seu traço distintivo. Por isso, há uma diferença entre o que se entende por civilização e por cultura. Deste modo, civilização denota um processo, um estágio a ser alcançado em termos de desenvolvimento e de realizações econômicas e sociais, por exemplo, ao passo que cultura remete a fatos artísticos, intelectuais ou religiosos de um povo.⁵

É a partir desta distinção que a crítica de Nietzsche à civilização⁶ precisa ser encarada. Ou seja, ele acusa o processo civilizador de ser o responsável pela decadência da cultura. Neste sentido, ele afirma no sexto parágrafo de *O anticristo* (AC 6)⁷, por exemplo, que “[...] todos os valores que agora resumem o desiderato supremo da humanidade são valores da *décadence*. Digo que um animal, uma espécie, um indivíduo

⁵ Nas palavras de Elias, “Civilização, porém, não significa a mesma coisa para diferentes nações ocidentais. Acima de tudo, é grande a diferença entre a forma como ingleses e franceses empregam a palavra, por um lado, e os alemães, por outro. Para os primeiros, o conceito resume em uma única palavra seu orgulho pela importância de suas nações para o progresso do Ocidente e da humanidade [...] O conceito francês e inglês de civilização pode se referir a fatos políticos ou econômicos, religiosos ou técnicos, morais ou sociais. O conceito alemão de *Kultur* alude basicamente a fatos intelectuais, artísticos e religiosos e apresenta a tendência de traçar uma nítida linha divisória entre fatos deste tipo, por um lado, e fatos políticos, econômicos e sociais, por outro.” (ELIAS, 1994, p. 23-24).

⁶ Em 1888 Nietzsche (2006, p. 22) escreveu “[...] ter de combater os instintos - eis a fórmula da *décadence*: enquanto a vida ascende, felicidade é igual a instinto”. Freud (1974, p. 63) viria a ratificar essa concepção ao declarar que “[...] a civilização é construída sobre uma renúncia ao instinto” na obra *O mal-estar da civilização* de 1930.

⁷ Adota-se aqui o sistema de referência às obras de Nietzsche proposto na edição crítica de suas obras por Giorgio Colli e Mazzino Montinari (adaptado para as siglas dos livros em português). As siglas dos livros se seguem o capítulo ou parte do livro, como em Zaratustra, quando houver sido indicado por número romano e em seguida o número do parágrafo, aforismo ou seção. Assim, para o livro *Aurora* aforismo 112, será utilizado A 112, *Assim falava Zaratustra* ZA, *Humano demasiado humano* volumes 1 e 2 HH I e HH II, *Para além de bem e mal* BM, *Genealogia da moral* com as três dissertações que a compõem GM I, GM II e GM III, *Crepúsculo dos ídolos* CI, *Ecce homo* EH e *O anticristo* AC. Para os fragmentos póstumos, segue-se a anotação x[y] e ano, onde x é o caderno e y o número do fragmento conforme a numeração atribuída por Colli e Montinari. Quanto à tradução, utilizou-se a edição das “Obras Incompletas” da coleção “Os pensadores”, traduzida por Rubens Rodrigues Torres Filho e as edições da Companhia das Letras, traduzidas por Paulo César de Souza e Jacó Guinsburg (apenas *Nascimento da tragédia*).

está corrompido quando perde seus instintos, quando escolhe, prefere o que lhe é desvantajoso.” (NIETZSCHE, 2007a, p. 13, grifo do autor). Portanto, sobretudo na fase final de seus escritos, ele considera decadente tudo aquilo que se coloca contra o instinto da vida, contra tudo o que leva ao amansamento do homem até torná-lo dócil, até sua conversão num animal de rebanho. O processo civilizador, atacado por ele, sobretudo na *Genealogia da moral*, traduz-se na longa jornada responsável por inculcar no homem a culpa e a má consciência moral, responsáveis pelo florescimento do instinto gregário. O homem civilizado é o homem animal de rebanho no qual a criatividade cede lugar à obediência.⁸

Toda a obra de Nietzsche foi construída como uma denúncia do empobrecimento cultural da civilização e não poupou nenhuma das realizações modernas. Foi um crítico do progresso, das ideias democráticas, do socialismo, do capitalismo, da moralidade e da ciência. Nietzsche subverte em seus escritos todas as verdades cristalizadas nesses mais de dois mil anos de civilização ocidental. Desta maneira, ele é um dos grandes “mestres da suspeita”, apontando categoricamente como a moralidade e a política moderna não passam de versões vulgarizadas dos atavismos metafísicos, a exemplo de sua famosa afirmação do cristianismo como sendo um “platonismo para o povo” (BM, prefácio).⁹

A primeira dimensão que a crítica à civilização assume no discurso nietzschiano é a reprovação do cientificismo moderno e do otimismo do progresso, manifesta na defesa do trágico. Embora, *O nascimento da tragédia* seja a mais bem-acabada formulação desta tese, já é possível notar na *Visão dionisíaca do mundo* e em *Sócrates e a tragédia*, o prelúdio da crítica de Nietzsche à cultura moderna, sobretudo à apropriação dos gregos pós-socráticos pela cultura moderna como ideal de civilização. Por isso, ele recorre aos trágicos, defende a tragédia grega (ver, por exemplo, *Introdução à tragédia de Sófocles*) como a mais bela realização artístico-cultural da Grécia antiga. O aparecimento de Sócrates significa, naquele contexto grego, o momento da reação ao trágico. Para Nietzsche, Sócrates

⁸ “O que é o ‘decadente’? Antes de tudo, alguém formado para a obediência, o indivíduo preparado apenas para obedecer. A obediência é o traço fundamental do instinto gregário, o instinto de rebanho e, para Nietzsche, a formação para a obediência é a característica essencial das ‘ideias modernas’, de todos os nossos ideais civilizadores.” (MOURA, 2005, p. 214-215).

⁹ Para Oswaldo Giacoia Júnior, “[...] Nietzsche não poupou de exame nenhum de nossos mais acalentados artigos de fé. O destino da cultura, o futuro do ser humano na história, sempre foi sua obsessiva preocupação. Por causa dela, submeteu à crítica todos os domínios vitais de nossa civilização ocidental: científicos, éticos, religiosos e políticos.” (GIACOIA JUNIOR, 2000, p. 10-11).

enxergou na tragédia o incompreensível e o irracional, e por isso se colocou contrário a ela. O apreço socrático pela dimensão do *logos* fez com que ele desprezasse por completo a importância do *mythos* na sociedade grega, daí sua aversão ao trágico.

Se a crítica de Nietzsche à civilização representa uma denúncia da decadência cultural, é importante salientar que este declínio se dá pela preponderância de valores niilistas, negadores da vida e da vontade de potência (moral cristã, por exemplo). Nesta linha de raciocínio deve ser analisada sua visão do trágico, como antídoto da decadência. Segundo Deleuze (1983), o trágico significa em Nietzsche a afirmação da vida. Deve ser compreendido como pura positividade e alegria dinâmica.¹⁰ Opondo-se à negação da vida, ele buscará no trágico uma forma de afirmá-la.

Embora extremamente complexo e repleto de nuances peculiares, é possível inferir, de maneira geral, que o pensamento filosófico de Nietzsche “registra e antecipa questões e desafios de nosso século” (GIACOLA JUNIOR, 2000, p. 16). Ele se inscreve no limiar da civilização moderna e, enquanto os grandes pensadores de seu tempo pareciam deslumbrados com as luzes do progresso, Nietzsche não consegue vislumbrar na modernidade e no homem moderno outra coisa senão a mais profunda e “fedorenta”¹¹ decadência.¹²

Diante disso, de forma sintética, pode-se dizer que Nietzsche escreveu com três intuítos primordiais. O primeiro seria o de compreender os porquês deste progresso nas ciências levar à perda da consciência dos valores. O segundo seria o de denunciar todas as formas de mistificação que impedem o homem moderno de enxergar as agruras da sua condição. E o último sendo a tarefa de pensar novos valores para o homem e novos

¹⁰ Acompanhe-se a interpretação de Deleuze sobre o trágico: “*Tragique est l’affirmation: parce qu’elle affirme le hasard et, du hasard, la nécessité; parce qu’elle affirme le devenir et, du devenir, l’être; parce qu’elle affirme le multiple et, du multiple, l’un. Tragique est le coup de dés. Tout le rest est nihilisme, pathos dialectique et chrétien, caricature du tragique, comédie de la mauvaise conscience.*” (DELEUZE, 1983, p. 41).

¹¹ Usamos aqui este adjetivo, pois é muitas vezes neste tom que Nietzsche se refere à modernidade. É constante em seus escritos um “cheirar mal” de uma putrefação não mais possível de ser encoberta na civilização.

¹² É importante esclarece o sentido de decadência (*décadence*) na obra de Nietzsche. O intuito fundamental de Nietzsche, com a filosofia do martelo, foi desnudar e desatar todas as amarras do homem, que negam sua natureza. No *Crepúsculo dos ídolos*, ele escreve: “[...] este pequeno livro é uma declaração de guerra; e, quanto ao escrutínio de ídolos, desta vez não são ídolos da época, mas ídolos eternos, aqui tocados com o martelo como se fosse um diapasão” (NIETZSCHE, 2006, p.8). Esta interpretação está de acordo com Montinari (1997, p. 88), para quem Nietzsche diz que “valores niilistas, valores decadentes conduzem à dominação sob os nomes mais sagrados. Onde falta vontade de potência, há decadência. Todos os valores nos quais a humanidade resume seus mais elevados desejos são valores da *décadence*.”

horizontes a descobrir (GIACCOIA JUNIOR, 2000). Nietzsche pretendeu erigir uma nova filosofia que conseguisse vencer as barreiras dos preconceitos morais que apequenam o ser humano.¹³ Assim, no contexto deste estudo a noção moderna de direitos humanos aparece como mais uma manifestação da decadência combatida por Nietzsche.

2 O DIREITO E O PROCESSO CIVILIZATÓRIO

Nesta seção, procuraremos passar brevemente pelos aspectos mais relevantes acerca do pensamento nietzschiano sobre o direito. No entanto, não seria possível aqui tratar da totalidade do pensamento de Nietzsche, contudo, parece serem suas reflexões presentes na *Genealogia da moral*, sobretudo na segunda dissertação, as mais relevantes quando se busca traçar um perfil do pensamento moral e jurídico no filósofo alemão.¹⁴ Inscrita na última fase da produção de Nietzsche¹⁵, a *Genealogia da moral*, publicada em 1887, é um livro escrito como complemento a *Para além de bem e mal* de 1886, no qual ele se propõe a esclarecer, assim como fizera no livro anterior, alguns conceitos fundamentais tratados em *Assim falava Zaratustra*, como a “vontade de potência” e o “além do homem”. Contudo, ele também retoma ideias de *Humano, demasiado humano* de 1878 e da *Gaia ciência* de 1882.

¹³ “Tal filosofia se colocaria além do bem e do mal à força de negar os fundamentos que damos aos nossos juízos de valor. Ela também - acho que é a intenção de Nietzsche insinuar isso - nos transformaria em antropólogos de todo cenário humano, de modo que estaríamos além do bem e do mal da mesma forma que os antropólogos de tribos primitivas estão ‘além’ dos conceitos das tribos que estudam.” (TANNER, 2004, p. 93).

¹⁴ Contudo, vale ressaltar que o tema é constante na filosofia do autor. Em *Para além de bem e mal*, aforismo 32, aparece já sua tentativa de repartir a história da humanidade numa era “pré-moral” e noutra era “moral”. “Chamaremos esse período de período *pré-moral* da humanidade: o imperativo ‘conhece-te a ti mesmo!’ ainda não era conhecido. Nos últimos dez milênios, contudo, em largas regiões da Terra, chegou-se gradualmente ao ponto em que é a origem da ação, e não mais as consequências, que determina o seu valor: um grande acontecimento no seu todo, um considerável refinamento, do olhar e da medida, a repercussão inconsciente do predomínio de valores aristocráticos e da crença na ‘origem’, a marca de um período que se pode denominar *moral* em sentido estrito: com isso fez-se a primeira tentativa de autoconhecimento.” (NIETZSCHE, 2005, p. 36, grifo do autor).

¹⁵ Costuma-se dividir a filosofia de Nietzsche em três fases. A primeira (1870-1876) compreenderia seus primeiros escritos até as *Considerações extemporâneas*. A segunda fase (1876-1882) iria daí até o aparecimento de *Assim falava Zaratustra*. A derradeira fase se estenderia de Zaratustra até o final de sua vida lúcida em 1889. Em obra clássica intitulada *Nietzsche, sa vie et sa pensée*, Charles Andler (1922) chega inclusive a nomear esses três períodos da produção nietzschiana, como três filosofias diferentes, a saber: o “pessimismo estético”, o “transformismo intelectualista” e a “última filosofia”.

Na segunda dissertação da *Genealogia da moral*, intitulada “Culpa, má consciência e coisas afins” aparece a incursão de Nietzsche numa suposta pré-história da humanidade.¹⁶ Para ele a humanidade se forma a partir da criação da memória, que é proporcionada mediante a fixação de categorias jurídicas. A metodologia genealógica¹⁷ é utilizada para desarticular os supostos valores eternos e imutáveis da moral, procurando mostrar que eles têm um caráter estritamente circunstancial.¹⁸ Do mesmo modo, esses valores não seriam em decorrência da razão do homem como os filósofos modernos apregoaram, mas estariam relacionados em seu íntimo aos instintos e pulsões humanas. O ponto chave do procedimento genealógico, para Nietzsche, é que não se confunda, em absoluto, a origem de algo com a finalidade que se deu a ele, procurando mostrar que, no mais das vezes, essas duas realidades estão bastante distantes. (CARNIO, 2013, p. 117-119).

Já no início da dissertação, Nietzsche expõe que a memória surge na história da humanidade como uma reação ao esquecimento. Ele identifica no esquecimento não uma simples inércia, mas uma força ativa e zeladora da ordem psíquica, sem a qual não poderia haver felicidade.¹⁹ Assim, para

¹⁶ “A segunda dissertação desenvolve a tese nietzscheana de acordo com a qual a cultura superior, com as severas figuras da moralidade que lhe são características, não pode ser entendida senão como o processo e internalização e espiritualização da crueldade.” (GIACIOIA JUNIOR, 2000, p. 64).

¹⁷ “A genealogia é cinza; ela é meticulosa e pacientemente documentária. Ela trabalha com pergaminhos embaralhados, riscados, várias vezes reescritos [...] A genealogia exige, portanto, a minúcia do saber, um grande número de materiais acumulados, exige paciência. Ela deve construir seus ‘monumentos ciclópicos’ não a golpes de ‘grandes erros benfazejos’ mas de ‘pequenas verdades inaparentes estabelecidas por um método severo’. Em suma, uma certa obstinação na erudição. A genealogia não se opõe à história como a visão alta e profunda do filósofo ao olhar de toupeira do cientista; ela se opõe, ao contrário, ao desdobramento meta-histórico das significações ideais e das indefinidas teleologias. Ela se opõe à pesquisa da ‘origem’” (FOUCAULT, 2015, p. 12).

¹⁸ Para Foucault, talvez quem melhor tenha compreendido Nietzsche, o percurso genealógico consiste em duas etapas essenciais. A primeira ele nomeia de “proveniência” (*Herkunft*), que consiste no “[...] tronco de uma raça, é a proveniência; é o antigo pertencimento a um grupo – do sangue, da tradição, de ligação entre aqueles da mesma altura ou da mesma baixaza. Frequentemente a análise da *Herkunft* põe em jogo a raça, ou o tipo social”. A segunda é a “emergência” (*Entstehung*) que “designa de preferência [...] o ponto de surgimento. E o princípio e a lei singular de um aparecimento. Do mesmo modo que se tenta muito frequentemente procurar a proveniência em uma continuidade sem interrupção, também seria errado dar conta da emergência pelo termo final [...] A emergência se produz sempre em um determinado estado das forças. A análise da *Herkunft* deve mostrar seu jogo, a maneira como elas lutam umas contra as outras, ou seu combate frente a circunstâncias adversas, ou ainda a tentativa que elas fazem – se dividindo – para escapar da degenerescência e recobrar o vigor a partir de seu próprio enfraquecimento.” (FOUCAULT, 2015, p. 14-16).

¹⁹ Conferir o §1 da segunda dissertação: “Esquecer não é uma simples *vis inertiae* [...] a utilidade do esquecimento, ativo, como disse, espécie de guardião da porta, de zelador da

civilizar o homem, foi preciso fazer com que aprendesse a lembrar. Eis a origem da responsabilidade e da noção de dever: o resultado provocado pela fixação da memória. E esse senso de dever, que faz surgir a consciência moral, não aflora senão através da força, mediante dor e violência.²⁰

Deste modo, ligando a noção moral de culpa ao conceito jurídico e material de dívida, Nietzsche revela que a ideia de que castigar não surgiu da necessidade de responsabilizar o criminoso pelo seu ato, mas por vingança, por se acreditar que a dor causada equivaleria ao dano sofrido. Segundo ele, essa ideia de equivalência entre dano e dor proveria não de outro lugar senão da mais antiga relação existente na face da Terra, a relação contratual entre credor e devedor.²¹ É sabido que, no início (Nietzsche remonta ao direito romano), era permitido ao credor causar sofrimento ao devedor tanto quanto ele entendesse suficiente para saldar a dívida. Mediante a punição, o credor participa do “direito dos senhores”, ele tem a possibilidade de experimentar o prazer de maltratar um “inferior”. Há também algo de festivo no sofrimento (suplício) daí porque “ver-sofrer faz bem, fazer-sofrer mais bem ainda - eis uma frase dura, mas um velho e sólido axioma humano, demasiado humano.” (NIETZSCHE, 2009, p. 51).

Neste sentido, no parágrafo posterior da segunda dissertação, ele propõe a tese do enfraquecimento do homem moderno. Para ele, a dor parece doer mais hoje, havendo um “amolecimento” do homem, na medida em que a humanidade passou a se envergonhar de sua crueldade primitiva. Foi desse modo que a humanidade “dolorida”, num estágio posterior, para aplacar a revolta de um sofrimento sem sentido, teria inventado para si deuses. Daí ele retoma a ideia do sofrimento festivo (espetáculo para os deuses), para em seguida expor outra ideia sobre o passado do homem: “toda humanidade antiga é plena de terna consideração pelo ‘espectador’, sendo um mundo essencialmente público, essencialmente visível, que não sabia imaginar a felicidade sem espetáculos e festas.”²² (NIETZSCHE, 2009, p. 54).

ordem psíquica, da paz, da etiqueta: com o que logo de vê que não poderia haver felicidade, jovialidade, esperança, orgulho, presente, sem o esquecimento.” (NIETZSCHE, 2009, p. 43).

²⁰ No §3 da segunda dissertação, lê-se “[...] talvez nada exista de mais terrível e inquietante na pré-história do homem do que sua *mnemotécnica*. ‘Grava-se algo a fogo, para que fique na memória: apenas o que não cessa de *causar dor* fica na memória’.” (NIETZSCHE, 2009, p. 46, grifo do autor).

²¹ Novamente o direito aparece como suporte da análise nietzschiana.

²² Veja-se a relação com o *Nascimento da Tragédia*, quando Nietzsche se propõe a analisar o papel do dionisíaco (o estado de embriaguez e de não dissociação) na tragédia e na forma do grego pré-socrático enxergar o mundo. (NIETZSCHE, 2007b).

Seguindo-se essa linha de raciocínio, é fácil entender o fato de Nietzsche enxergar o homem como um “animal avaliador”.²³ Como a humanidade se constrói sobre o sentimento de culpa provocado pela invenção da memória, ele aponta como mais antiga modalidade de relação pessoal a relação entre credor e devedor. É dessa relação de troca, geradora do débito (*Schuld*), que se chega ao mais antigo axioma moral, de que cada coisa tem seu preço, quando se mediu um homem com outro.²⁴ Naturalmente, entre a comunidade pré-histórica e seus membros também se instaura essa relação primordial. Disso decorre a figura do criminoso como devedor social. O membro infrator rompe com a comunidade, passando a dever inclusive os proveitos de que desfrutou na vida em comum. A comunidade, ao assumir o papel de credora, lembrará ao criminoso o quanto valem esses benefícios por meio do castigo, na medida em que este recai sobre ele na forma como a comunidade trata ordinariamente o inimigo odiado.²⁵

Baseando-se nessa ideia da relação credor-devedor como articuladora da vida comunitária, Nietzsche pode oferecer sua visão sobre o direito penal. Para ele, na medida em que a comunidade se fortalece, tornam-se mais suaves os castigos, como o credor se torna mais humano na medida em que enriquece e passa a poder suportar uma maior quantia de dano sem se sofrer. Daí a razão de o direito penal se encontrar mais avançado nas comunidades mais poderosas. Do mesmo modo, a justiça, antes forjada na noção da exigência do débito, passa, por autossupressão, a ser graça, deixando impunes os ofensores (GM II 10). Isso porque, para Nietzsche, o mais elevado luxo do forte é deixar de se importar com o fraco. Assim, entendem-se os motivos do filósofo alemão ao condenar todas as tentativas de se encontrar no ressentimento a justiça. Para ele ser justo é sempre uma atitude positiva, nunca reativa, do que decorre ter

²³ Note-se ser possível associar esta ideia de Nietzsche à conhecida formulação de Protágoras do “homem como medida de todas as coisas”. É notório o desprezo nietzschiano pelos filósofos gregos a partir de Sócrates, sendo interessante observar o fato de a ideia que ele apresenta se relacionar ao pensamento relativista do sofista, tão combatido por Platão nos diálogos socráticos.

²⁴ Conferir o §8 da segunda dissertação: “O sentimento de culpa [...] teve origem, como vimos, na mais antiga e primordial relação pessoal, na relação entre comprador e vendedor, credor e devedor: foi então que pela primeira vez defrontou-se, mediu-se uma pessoa com outra.” (NIETZSCHE, 2009, p. 54).

²⁵ Ver no §9, “A ira do credor prejudicado, a comunidade [contra o criminoso], o devolve ao estado selvagem e fora da lei do qual ele foi até então protegido: afasta-o de si - toda espécie de hostilidade poderá se abater sobre ele. O ‘castigo’, nesse nível dos costumes, é simplesmente a cópia, *mimus* do comportamento normal perante o inimigo odiado, desarmado, prostrado, que perdeu não só qualquer direito e proteção, mas também qualquer esperança de graça.” (NIETZSCHE, 2009, p. 56).

sempre sido a história do direito uma luta contra o ressentimento e contra a vingança (GM II 11).²⁶

E para analisar o sentido do castigo, deve-se lembrar de que Nietzsche acredita que a origem (a causa) de algo e sua finalidade não estão necessariamente relacionadas (GM II 12). Aliás, no mais das vezes, diferem totalmente.²⁷ Portanto, para ele, comete-se o erro de se acreditar que o castigo foi criado para castigar como a mão foi criada para pegar. O que se verifica na história é justamente uma profusão das mais variadas finalidades para o castigo que, dentre as que ele enumera (GM II 13), convém destacar o castigo como “pagamento de um dano prejudicado”, como “inspiração de um temor”, como “festa” ou “escárnio de um inimigo” e como “criação de memória”. Contudo, o que se quer acreditar é no castigo como forma de despertar no criminoso o sentimento de culpa para levar ao arrependimento. Porém, logo ele afirma que “o autêntico remorso é algo raro ao extremo” e o que se verifica em geral é que “o castigo endurece e torna frio”, impedindo a formação do sentimento de culpa. Deste modo, Nietzsche argumenta que, ao ser atingido pela pena, o malfeitor se lamuria de não ter conseguido escapar, mas não cogita arrependimento. Em síntese, conclui (GM II 15) que “o castigo doma o homem, mas não o torna melhor.” (NIETZSCHE, 2009, p. 66).

Novamente, ressalte-se que toda a digressão genealógica de Nietzsche tem como propósito demonstrar que a civilização tem origem na formação da má consciência moral (*schlechtes Gewissen*), entendida esta como a interiorização e a inibição dos instintos do homem. E isso torna o homem doente.²⁸ Sendo esta má consciência moral um produto da negação dos instintos, ela é apresentada como uma doença que o homem teve de

²⁶ Isso se encontra no §11 da segunda dissertação. “Historicamente considerado, o direito representa [...] justamente a luta *contra* os sentimentos reativos, a guerra que lhes fazem os poderes ativos e agressivos, que utilizam parte de sua força para conter os desregramentos do *pathos* reativo e impor um acordo.” (NIETZSCHE, 2009, p. 59).

²⁷ Na conhecida passagem do §12 da segunda dissertação, ele aduz que “[...] a causa da gênese de uma coisa e sua utilidade final, a sua efetiva utilização e inserção em um sistema de finalidades, diferem *toto coelo* [...] todo acontecimento do mundo orgânico é um subjugar e um assenhorear-se, e todo subjugar e assenhorear-se é uma nova interpretação, um ajuste, no qual o ‘sentido’ e a ‘finalidade’ anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados.” (NIETZSCHE, 2009, p. 60-61).

²⁸ É visível a influência que a hipótese da interiorização teve sobre Freud. Nas palavras de Nietzsche (2009, p. 67), “todos os instintos que não se descarregam para fora voltam-se para dentro - isto é o que eu chamo de interiorização do homem: é assim que no homem cresce o que depois se denomina sua ‘alma’.” É partir disso que Freud (1974, p. 63) pôde inferir que “[...] a civilização é construída sobre uma renúncia ao instinto” na obra *O mal-estar da civilização* de 1930.

contrair (GM II 16).²⁹ Assim, Nietzsche está convencido de ter acabado de uma vez por todas com o “sentimentalismo” da origem contratual da sociedade. O Estado, para ele, representa uma ruptura, produto de uma violência contra o homem até conseguir, por fim, amansá-lo (GM II 17).³⁰

No entanto, ele ainda aprofundará esta ideia sobre o passado da civilização remontando novamente à relação entre credor e devedor. Ele esclarece que esta relação de direito privado desempenhou um papel fundamental nos primórdios, pois a comunidade tribal reconhecia, de maneira análoga, uma dívida para com os antepassados.³¹ Assim, as gerações posteriores teriam uma obrigação para com as anteriores, as fundadoras da estirpe, sobrevivendo graças aos sacrifícios a serem ofertados aos antepassados.³² A consciência desta obrigação em relação aos ancestrais cresce na medida em que a tribo se fortalece, até que o medo de desagradar esses espíritos antigos é tamanho que eles acabam necessariamente transfigurados em deuses.³³

²⁹ No enfático §16 da segunda dissertação, ele afirma “[...] a maior e mais sinistra doença, da qual até hoje não se curou a humanidade, o sofrimento do homem com o homem, consigo: como resultado de uma violenta separação do seu passado animal, como que um salto e uma queda em novas situações e condições de exigência, resultado de uma declaração de guerra aos velhos instintos nos quais até então se baseava sua força, seu prazer e o temor que inspirava.” (NIETZSCHE, 2009, p. 68).

³⁰ Acompanhe-se o §17 da segunda dissertação. “Utilizei a palavra ‘Estado’: está claro a que me refiro - algum bando de bestas louras, uma raça de conquistadores e senhores, que, organizada, guerreiramente e com força para organizar, sem hesitação lança suas garras terríveis sobre uma população talvez imensamente superior em número, mas ainda informe e nômade. Deste modo começa existir o ‘Estado’ na terra: penso haver-se acabado com aquele sentimentalismo que o fazia começar com um ‘contrato’. Quem pode dar ordens, quem por natureza é o ‘senhor’, quem é violento em atos e gestos - que tem a ver com contratos!” (NIETZSCHE, 2009, p. 69).

³¹ É no §19 da segunda dissertação, que a tese da dívida para com os antepassados aparece. Embora não apareça diretamente citada, é provável que Nietzsche conhecesse a *Cidade Antiga* de Fustel de Coulanges publicada em 1864, na qual já aparece a noção de obrigações litúrgicas para com os ancestrais, como libações e oferendas regulares. “A relação de direito privado entre o devedor e seu credor [...] introduzida numa relação na qual talvez seja, para nós, homens modernos, algo inteiramente incompreensível: na relação entre os vivos e os antepassados. Na originária comunidade tribal - falo dos primórdios - a geração que vive sempre reconhece para com a anterior, em especial para com a primeira, fundadora da estirpe, uma obrigação jurídica.” (NIETZSCHE, 2009, p. 71).

³² “Essa relação é entabulada conforme o princípio da retribuição. Tanto que, especificamente nessa relação entre vivos e antepassados, prevalece o que aponta Nietzsche como um sentido de compensação entre os sacrifícios e o desenvolvimento da sociedade [...] Essa relação projeta a humanidade atormentada e ensaja um expediente paradoxal e horrível no qual ela encontra um alívio momentâneo, a crença no sacrifício de Deus pela culpa dos homens, o único capaz de redimir o homem daquilo que o próprio homem se tornou.” (CARNIO, 2013, p. 132-133).

³³ O ápice desse processo se daria com o deus cristão e a tentativa de remissão dos pecados humanos. Entretanto, tal expediente seria ilusório de forma a criar, no lugar da dívida pretensamente perdoadada, uma ainda maior, na medida em que o deus cristão

Para Nietzsche (GM II 20), num exercício de antropologia especulativa, mesmo depois do “declínio da forma de organização da ‘comunidade’ nos vínculos de sangue; do mesmo modo como herdou as noções de ‘bom’ e ‘ruim’ da nobreza de estirpe [...] a humanidade recebeu, com a herança das divindades tribais familiares, também o peso das dívidas ainda não pagas, e o anseio de resgatar-se.” (NIETZSCHE, 2009, p. 73). Ele lamenta essa vontade lastimável do homem de inventar seres e mundos ideais e perfeitos por se sentir culpado por sua imperfeição e fraqueza, isso gera a má consciência moral e a doença que se alastra na humanidade: a decadência.³⁴

3 NIETZSCHE E OS DIREITOS HUMANOS

Este instinto de decadência gera a luta por direitos iguais segundo Nietzsche. Nos fragmentos póstumos da época de *Humano, demasiado humano* ele já havia escrito sobre a contradição da doutrina da igualdade de direitos. A justiça nasceu de um equilíbrio de forças antagônicas, sendo que, no estado de natureza, não há o princípio de que o que é justo para um o é também para o outro (HH 92). No estado de natureza, é o poder que decide. Assim, nem o socialismo não pode querer direitos iguais sem apelar para o poder. Para Nietzsche, somente quando os representantes de uma nova ordem enfrentam na luta os da velha ordem, é possível se estabelecer alguma justiça com base num pacto. Assim, “não existem os direitos do homem”³⁵, tudo não passa de uma organização momentânea, resultado de um acordo entre potências, pois não há valores *a priori*.³⁶

É necessário resgatar brevemente a concepção de justiça de Nietzsche para se compreender a tese desenvolvida no aforismo 112 de *Aurora*. Em *Humano demasiado humano*, ele assevera que a questão da exige do homem que carregue o peso da cruz, “à imagem e semelhança” da divindade. Ao exigir do ser terreno uma tarefa apenas possível de ser desempenhada por um deus, a consciência da culpa se assoberba, sendo impossível ao homem se redimir.

³⁴ Acompanhe-se o §22 da segunda dissertação. “A vontade do homem de sentir-se culpado e desprezível, até ser impossível a expiação, sua vontade de crer-se castigado, sem que o castigo possa jamais equivaler à culpa, sua vontade de infectar e envenenar todo o fundo das coisas com o problema do castigo e da culpa, para de uma vez por todas cortar para si a saída desse labirinto de “ideias fixas”, sua vontade de erigir um ideal — o do ‘santo Deus’ — e em vista dele ter a certeza tangível de sua total indignidade. Oh, esta insana e triste besta que é o homem!” (NIETZSCHE, 2009, p. 74).

³⁵ Fragmento póstumo 25[1] de 1877 (número 1 de 1876 a 1878, tomo 3, volume 1 da edição crítica de Colli e Montinari, 1975).

³⁶ Aqui vale a pena lembrar o caráter intermitente das relações de poder geradoras de direitos, algo plenamente consonante com a noção de dinamismo presente nos escritos nietzschianos (Cf. MARTON, 1990).

justiça surge apenas entre homens que possuem poder quase igual, de forma que, não havendo uma clara superioridade de nenhum deles, a prudência leva a se evitar um conflito que possa trazer perdas lastimáveis (HH 92). Assim, ela nasce como uma troca, sendo troca, a vingança pertence originariamente à sua essência.³⁷ No mesmo sentido, caminha o fragmento póstumo 4[133] de 1882, no qual Nietzsche afirma que realçar o conceito de justiça consiste em demonstrar que toda ação humana é necessariamente injusta.³⁸ Da mesma época, o fragmento 4[150] relata ser assustadora a percepção da injustiça. No entanto, ele aponta como uma forma de consolo, sermos nós mesmos quem inventamos a justiça e nos impomos este sofrimento. Em outras palavras, se formos para além do sentimento de justiça, a injustiça e tudo o que ela acarreta deixará de ter influência sobre nós.³⁹

No aforismo 93 de *Humano, demasiado humano*, Nietzsche trata do direito do mais fraco. Ele afirma que o direito do fraco surge quando o vencido passa a ter utilidade para o vencedor. A partir de uma espécie de igualdade instaurada, o senhor vê vantagem em possuir o escravo. Assim, os fracos também têm direitos embora menores, ou seja, cada um goza de tanto direito quanto possui de poder.⁴⁰ Nesta linha de raciocínio vai também o aforismo 26 de *O andarilho e sua sombra*.⁴¹ Lá, Nietzsche

³⁷ Conferir aforismo 92 de *Humano, demasiado humano*. (NIETZSCHE, 2005).

³⁸ Fragmento 4[133] escrito entre o verão de 1882 e a primavera de 1884. (COLLI; MONTINARI, 1975, p. 162).

³⁹ Vale lembrar aqui o propósito fundamental de Nietzsche de uma “transvaloração de todos os valores”. Como dito inúmeras vezes em sua obra da maturidade, os novos valores que o homem deve criar para si depois de destruir os velhos residem para além do bem e do mal.

⁴⁰ A locução é de Spinoza (1986, p. 89), no Tratado Político, II, § 8, lê-se “*unusquisque tantum juris habet, quantum potentia valet*”. Nietzsche se vale do original em latim no trecho mencionado. Do mesmo modo, é possível notar marcante influência da filosofia hegeliana nesta passagem de *Humano, demasiado humano*. Vale mencionar que a dialética instaurada entre senhor e escravo em Hegel, determinante para a compreensão de sua filosofia do Direito, não se relaciona aqui para a compreensão da teoria do direito do fraco em Nietzsche, visto que, embora a posição do fraco surja em reação à do forte, Nietzsche não acredita numa síntese entre as duas posições. A superação da dicotomia bem e mal em Nietzsche não carrega o resultado do embate entre os momentos anteriores, é apenas sua transformação em algo novo. Cf. “São essenciais ambos os momentos; porém como, de início, são desiguais e opostos, e ainda não resultou sua reflexão na unidade, assim os dois momentos são como duas figuras opostas da consciência: uma, a consciência independente para a qual o ser-para-si é a essência; outra, a consciência dependente para a qual a essência é a vida, ou o ser para um Outro. Uma é o senhor, outra é o escravo.” (HEGEL, 1992, p. 130).

⁴¹ Deve-se esclarecer que Nietzsche reuniu na maturidade *Miscelânea de opiniões e sentenças* de 1879 e *O andarilho e sua sombra* de 1880 e em um único livro, que intitulou *Humano, demasiado humano II*.

somente enquanto o poder dos contratantes é igual ou semelhante, de forma que as condições para que o direito se mantenha são sempre provisórias.

Ainda neste escrito, no aforismo 39, ele remete a origem dos direitos à tradição e esta à formação de um antigo pacto. Desde então, o que se nota é que a tradição se transforma numa obrigação, muito embora as vantagens do pacto inicial tenham se exaurido. Nietzsche não deixa de enfatizar serem os fracos os responsáveis por perpetuar essa tradição.⁴² Essa manutenção da tradição está diretamente relacionada ao fortalecimento da vida gregária. Em *Aurora*, livro de 1881, o filósofo indica o importante papel que os costumes, principalmente as regras mais supérfluas, representaram na jornada civilizatória. Já no aforismo 16, ele enuncia a função decisiva desses costumes em manter vivo o princípio originário da civilização, de que qualquer costume é melhor no que nenhum.⁴³

Também em *Aurora*, está uma das teses fundamentais do sentido de direito para Nietzsche, a ideia de que os deveres são direitos de alguém sobre outrem. No aforismo 112, ele já ensaiava de certa forma seu método genealógico em caráter embrionário. O aforismo se intitula *Para a história natural do dever e do direito*, mas bem poderia se chamar, se fosse escrito depois da *Genealogia da moral*, “genealogia do dever e do direito”. Para ele, o sentimento de dever surge da crença de que se tem a capacidade de prometer algo, ao passo que os direitos são a parte do poder que os outros nos reconhecem. Eles surgem quando alguém nos considera (A 112) “capazes de fazer contrato e dar retribuição, tomando-nos por iguais e similares a eles [...] Nós cumprimos nosso dever - isto é: justificamos a ideia de nosso poder que nos valeu tudo o que nos foi dado, devolvemos na medida em que nos concederam” (NIETZSCHE, 2004, p. 64-65).

Nietzsche vai mais além e estabelece a intrínseca relação entre direito e poder.⁴⁴ A ideia do direito como uma hierarquia provisória formada por uma colisão de forças se relaciona com a forma do filósofo compreender o direito como graus de poder reconhecidos e garantidos (“*So entstehen*

⁴² Ver aforismo 39 de *O andarilho e sua sombra*. (NIETZSCHE, 2008).

⁴³ *In verbis*, “Primeira norma da civilização. - Entre os povos incultos há um gênero de costumes cujo propósito parece ser a moral mesma: determinações penosas e, no fundo, supérfluas (por exemplo, entre os Kanchadalas, nunca raspar a neve dos sapatos com uma faca, nunca espetar um carvão com uma faca, nunca botar um ferro no fogo - e a morte leva aquele que infringe tais coisas!), que, no entanto, continuamente mantêm na consciência a permanente vizinhança do costume, a ininterrupta obrigação de observá-lo: para reforçar a grande norma com que tem início a civilização: qualquer costume é melhor do que nenhum costume.” (NIETZSCHE, 2004, p. 19).

⁴⁴ Não há como não notar aqui o embrião da teoria do poder de Foucault. Ver *Microfísica do poder* (2015).

Rechte: anerkannte und gewährleistete Machtgrade.”) (A 112), alterando-se conforme se alteram as relações de poder que os embasaram. Por isso, quando o poder de alguém diminui de maneira substancial, também muda o reconhecimento daqueles que até então haviam reconhecido e garantido esses direitos-poder. ⁴⁵ Deste modo, “o direito dos outros é a concessão, feita por nosso sentimento de poder, ao sentimento de poder desses outros” (NIETZSCHE, 2004, p. 65).

Num fragmento póstumo da época do último Zaratustra, Nietzsche escreve que “os dois traços que caracterizam os europeus modernos parecem contraditórios: o individualismo e a exigência de direitos iguais” ⁴⁶, contradição esta que faz sentido quando se tem em mente a noção de direito presente no pensamento nietzschiano. Portanto, conforme a teoria jurídica exposta até então, se os direitos são dados em graus de poder, homens de poderes díspares não podem nem têm como exigir direitos iguais. Vale enfatizar que Nietzsche considera até mesmo uma injustiça tratar de forma igual aqueles que são na sua essência desiguais, como afirma em *Humano demasiado humano*, em sua interpretação do escrito de Tucídides sobre o diálogo entre os atenienses e os mélios (HH 92). ⁴⁷

⁴⁵ “Assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem outros - é o que mostra o direito dos povos, em seu constante desaparecer e surgir. Se nosso poder diminui substancialmente, modifica-se o sentimento daqueles que vêm assegurando o nosso direito: eles calculam se podem nos restabelecer a antiga posse plena - sentindo-se incapazes disso, passam a negar nossos “direitos”. Do mesmo modo, quando nosso poder cresce consideravelmente muda o sentimento daqueles que até então o reconheciam, e cujo reconhecimento não mais necessitamos: eles tentarão empurrá-lo até seu nível anterior e desejarão intervir, nisso invocando seu “dever” - mas é palavreado inútil.” (NIETZSCHE, 2004, p. 65).

⁴⁶ Conferir fragmento 26 do outono de 1884 ao outono de 1885.

⁴⁷ “Origem da justiça - A justiça (equidade) tem sua origem entre aqueles que têm potência mais ou menos igual, como Tucídides (no terrível diálogo entre os enviados atenienses e mélios) o concebeu corretamente: onde não há nenhuma supremacia claramente reconhecível e um combate se tornaria um inconsequente dano mútuo, surge o pensamento de se entender e negociar sobre as pretensões de ambos os lados; o caráter da troca é o caráter inicial da justiça. Cada um contenta o outro, na medida em que cada um obtém o que estima mais do que o outro. Dá-se a cada um o que ele quer ter, como doravante seu, e se recebe em compensação o que se deseja. Justiça é, portanto, retribuição e intercâmbio, sob a pressuposição de uma posição mais ou menos igual de potência” (NIETZSCHE, 1999, p. 78). Na célebre passagem da *História da Guerra do Peloponeso*, Tucídides imagina um diálogo sobre as tratativas de paz e rendição entre os atenienses vitoriosos e os mélios derrotados, no qual os atenienses asseveram (Livro V §89): “Preferimos pensar que esperais obter o possível diante de nossos e vossos sentimentos reais, pois deveis saber tanto quanto nós que o justo, nas discussões entre os homens, só prevalece quando os interesses de ambos os lados são compatíveis, e que os fortes exercem o poder e os fracos se submetem.” (TUCÍDIDES, 2001, p. 348).

Assim, Nietzsche tende a adotar uma postura aristocrática, no sentido grego do termo (o governo dos melhores), ao conceber sua noção de direitos subjetivos. Ele ostenta uma posição de que os direitos são produto das relações de poder, necessariamente violentas, surgindo como uma espécie de suspensão ao estado de guerra ou ao conflito pela orientação racional da prudência autoconservadora. Contudo, ele enxerga tais estados sempre do ponto de vista de uma “paz armada”, pois, tão logo haja condições de estabelecer o domínio pela via da submissão, as forças em conflito optam por esta via. Havendo subjugação, o que determinará se os vencidos terão ou não direitos, é a utilidade dos mesmos para as potências vencedoras. Deste modo, é possível perceber em Nietzsche uma teoria jurídica bastante dependente das condições materiais prévias ao estabelecimento de ordens jurídicas.

CONCLUSÃO

Do que foi exposto neste ensaio, resta apenas explicitar duas percepções centrais. A primeira diz respeito à gênese do direito. Para Nietzsche, o direito surge de uma relação entre forças. Ele aceita em grande medida a tese hobbesiana de que não há direitos no estado de natureza, prevalecendo cada qual apenas por sua força. No entanto, ele intensifica essa ideia na medida em que propõe que o direito se sustenta num equilíbrio de forças dentro de uma relação de poder. Só há direito quando há um poder reconhecido. Desta forma, a justiça pode se dar entre poderes de igual ou semelhante quantia. Uma alteração nos poderes gera necessariamente uma alteração nos direitos.

Assim, como ele analisa na *Genealogia da moral*, o dever surge da sujeição ao direito de alguém. Esta, por sua vez, está fundada numa relação de poder. Reconhecer um dever é reconhecer o poder do outro sobre si. Por isso, o dever se funda na violência e a justiça se relaciona ao castigo e à vingança. Não há direito na natureza, lá só há poder. A passagem do poder para o direito marca a passagem para a civilização. Contudo, foi preciso domar o homem para tanto. Foi preciso fazer aparecer nele um “senso de dever”, ou seja, um temor ao poder, uma consciência moral. Neste sentido, Nietzsche procura demonstrar o erro da concepção kantiana de dever baseada numa consciência moral racional. O dever se funda na submissão à força, nunca num juízo sintético *a priori*. Só tem direito quem tem poder.

Portanto, nada mais perceptível do que seu repúdio aos “direitos iguais”. É preciso lembrar que Nietzsche viveu numa época em que muito da doutrina da igualdade de direitos se baseava na hipótese do direito natural (jus-naturalismo). Nietzsche refuta a possibilidade de que existam “direitos naturais”, daí recusar que haja “direitos do homem”. Se puder ser encontrada uma proposta ética para os direitos humanos em Nietzsche, ela apenas poderia ser pensada em termos de poder. Nenhuma declaração de direitos satisfaz a exigência nietzschiana para que direitos possam ser reconhecidos. Em outras palavras, não se confere poder ao se garantir direitos, então não se garante nada. Logo, o exercício do poder é anterior ao reconhecimento de direitos.

Assim, partindo do pressuposto de que é a quantidade de poder que confere direitos, Nietzsche infere (A 112) que a desigualdade de poder gera direitos por submissão e a paridade de poder gera direitos por composição. Entretanto, o direito nunca se dissocia completamente do poder, daí porque uma variação sensível de poder provoca necessariamente um rearranjo no reconhecimento e na garantia de direitos. É notório que Nietzsche possui uma visão dinâmica acerca dos direitos subjetivos, contudo, para ele, o reconhecimento de direitos é sempre dado por potências superiores. Neste sentido, os direitos são concedidos ou porque se reconhece a fraqueza própria e a força do outro a quem se concede ou porque ambos se reconhecem fortes e temem que uma disputa lhes enfraqueça.⁴⁸

REFERÊNCIAS

ANDLER, C. **Nietzsche, sa vie et sa pensée**. Paris: Bossard, 1922. 3 v.

BIELEFELDT, H. **Filosofia dos direitos humanos**. Fundamentos de um ethos de liberdade universal. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

CARNIO, H. G. **Direito e Antropologia**. Reflexões sobre a origem do direito a partir de Kelsen e Nietzsche. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLLI, G.; MONTINARI, M. **Friedrich Nietzsche: Oeuvres philosophiques complètes**. Paris: Gallimard, 1975. 14 v.

DELEUZE, G. **Nietzsche et la philosophie**. 6. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

⁴⁸ Embora Nietzsche não trabalhe com a categoria de “classes sociais”, não há como não notar nele alguma inspiração posterior para a chamada teoria das elites (Cf. HIGLEY, 2010).

ELIAS, N. **O processo civilizador**. Uma história dos costumes. Trad. Ruy Jungman. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. V. 1.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. e org. Roberto Machado. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FREUD, S. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)**. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. São Paulo: Imago, 1974.

GIACOIA JUNIOR, O. **Nietzsche**. São Paulo: Publifolha, 2000.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Trad. Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 1992. v. 1.

HIGLEY, J. Elite theory and elites. In: **Handbook of politics**. New York: Springer, 2010. p. 161-176.

LEFRANC, J. **Compreender Nietzsche**. Trad. Lúcia M. Endlich Orth. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LITOWITZ, D. Nietzsche's Theory of Law: A Critique of Natural Law Theory. **Legal Studies Forum**, v. 18, n. 4, p. 393, 1994.

MARTON, S. **Nietzsche**. Das forças cósmicas aos valores humanos. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MINEAU, A. Human rights and Nietzsche. **History of European Ideas**, London, v. 11, p. 877-882, 1989.

MONTINARI, M. Ler Nietzsche: o crepúsculo dos ídolos. **Cadernos Nietzsche**, São Paulo, v. 3, p. 77-91, 1997. Disponível em: http://gen.fflch.usp.br/sites/gen.fflch.usp.br/files/upload/cn_03_05%20Montinari.pdf. Acesso em: 02 dez. 2016.

MOURA, C. A. R. **Nietzsche: civilização e cultura**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NIETZSCHE, F. W. **Além do bem e do mal**. Prelúdio a uma filosofia do futuro. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, F. W. **Assim falou Zaratustra**. Um livro para todos e para ninguém. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NIETZSCHE, F. W. **Aurora**. Reflexões sobre os preconceitos morais. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

NIETZSCHE, F. W. **Crepúsculo dos ídolos**. Ou como se filosofa com o martelo. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIETZSCHE, F. W. **Genealogia da moral**. Uma polêmica. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NIETZSCHE, F. W. **Humano, demasiado humano**. Um livro para espíritos livres. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, F. W. **Humano, demasiado humano 2**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

NIETZSCHE, F. W. **O anticristo**. Maldição ao cristianismo. **Ditirambos de Dionísio**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007a.

NIETZSCHE, F. W. **Obras incompletas**. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores)

NIETZSCHE, F. W. **O nascimento da tragédia**. Ou helenismo e pessimismo. Trad. Jacó Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007b.

SPINOZA, B. **Tratado político**. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

TANNER, M. **Nietzsche**. Trad. Luiz Paulo Ruanet. São Paulo: Loyola, 2004.

TUCÍDIDES. **História da guerra do Peloponeso**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: UNB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

WOTLING, P. **Nietzsche e o problema da civilização**. Trad. Vinicius de Andrade. São Paulo: Barcarola, 2013.

YOUNG, J. **Friedrich Nietzsche: a philosophical biography**. New York: Cambridge University Press, 2010.

A INFLUÊNCIA DO DOGMA DO PURGATÓRIO NA JUSTIÇA PENAL CANÔNICA: A FUNDAMENTAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA CRIMINAL NOS SÉCULOS XI E XIII

THE INFLUENCE OF PURGATORY'S DOGMA OVER THE CANON LAW OF CRIMES: THE FOUNDATION OF A NEW CRIMINAL THEORY IN THE XI AND XIII CENTURIES

César Cardoso de Souza Neto *

Felipe Luiz Piña **

SUMÁRIO: 1 As raízes medievais do Direito ocidental: mentalidade e Purgatório. 2 A evolução do Dogma e as metáforas teológicas concebidas por meio da lógica do Purgatório. 3 O novo contexto científico dos séculos XI e XII na Europa. 4 A construção do Direito Penal Canônico. Conclusão. Referências.

RESUMO: O período que compreende os séculos XI e XIII caracteriza-se pelo renascimento da ciência jurídica europeia por meio do estudo de textos romanos, em especial o Digesto de Justiniano. O grande marco dessa época foi a implementação de uma hermenêutica e confecção racional do Direito que perdurará em toda a cultura jurídica ocidental. As analogias buscadas na fé serão importantes na produção do Direito nascente e trarão substância moral para o mesmo. Uma dessas analogias será o Purgatório – um dogma em vias de consolidação durante o período, e a possibilidade de penitência e arrependimento para a remissão dos pecados. Ora, se Deus permite que o pecador se arrependa e volte à Sua Graça no Além-Mundo, mesmo que por meios penitenciais e não abrindo mão da satisfação da ofensa, por que não o poderia a justiça canônica na vida terrena? Ao aceitar a possibilidade de remir os pecados na temporalidade, os canonistas terão se debruçar sobre as consequências jurídicas disto na lei canônica e, sobretudo, na ciência do Direito – fazendo uso do pensamento racional para tanto. É nas novas concepções de crime, pecado e finalidade da pena, oriundas desse período, que pretendemos apresentar neste texto, buscando estabelecer como o homem dos séculos XI e XII compreende tais conceitos e quais as consequências jurídicas decorridas desse entendimento.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Direito Canônico. Direito Penal Canônico. História do Direito. Purgatório.

ABSTRACT: *The years between the XI and XIII centuries are remarkable because the reborn of the european legal science by the study of roman texts, specially Justinian's Digest. The milestone of these times was the deployment of a rational hermeneutic and conception of the law that will perdure along all the Occidental legal tradition. The analogies sought on faith would become importante in the elaboration of the newborn law and would bring moral substance for it. One of these analogies would be the Purgatory – a barely consolidated dogma at the time, and with it, the possibility of penance and regret for the redemption of the sins. Well, if God allows the sinners to regret and return to His Grace on the Beyond – even that doing so employing penances over him and never relinquishing the satisfaction of the offence, why can't the human justice work in the same way? When the possibility of redeem the sins in the temporal life is accepted, the canonists will have to deal with the legal consequentials of it in the Canon Law and, mainly, in the Legal*

* Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Filosofia pela PUC Campinas-SP. Graduado em Filosofia pelas Faculdades Claretianas de Batatais-SP. Graduado em Direito pela FECOM.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP.

Artigo recebido em 04/11/2019 e aceito em 12/12/2019.

Como citar: SOUZA NETO, César Cardoso de; PIÑA, Felipe Luiz. A influência do dogma do purgatório na justiça penal canônica: a fundamentação de uma nova teoria criminal nos séculos XI e XIII. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 35-54. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

science itself – using rational thinking for it. It's in the new conceptions of crime, sin and finality of penalty; derived of this period, that we intend to present in this article, aiming establish how the XI and XII centuries' man understand these concepts and what is the legal consequences arose from it.

Keywords: *Philosophy of Law. Canon Law. Canon Law of crimes. History of Law. Purgatory.*

1 AS RAÍZES MEDIEVAIS DO DIREITO OCIDENTAL: MENTALIDADE E PURGATÓRIO

Em meio à agitação da pós-modernidade a importância do Medievo para a cultura ocidental mostra-se desafiadora, ainda que se tenha a velha ilusão da idade das Trevas. Entretanto, é neste período histórico que se encontram “as raízes nascidas no solo cultural que precedeu a formação da modernidade” (LIMA VAZ, 2002, p. 14). A reflexão filosófica, teológica e jurídica desenvolvida ao longo de quase dez séculos proporcionou a construção das realidades sócio-culturais que podemos considerar a característica mais importante da civilização ocidental. (HUNTINGTON, 1997, p. 83).

Esta complexa relação entre sociedade e transformações, entre cultura e historicidade, ainda provoca inúmeras discussões, o que deveria conduzir à busca pelas origens, especialmente ao que se refere ao Direito – que podemos considerar como obra humana, eminentemente histórica e cultura (SALGADO, 2009, p. 105).

Preliminarmente, faz-se necessário compreender que a religião cristã tornou-se um elemento essencial na formação e transmissão de valores culturais, um elemento integrador na cultura ocidental (LIMA VAZ, 2002, p. 144), estimulando a evolução do conhecimento e impulsionando o desenvolvimento da ordem jurídica (GILISSEN, 2013, p. 17). A Igreja Católica Apostólica Romana exerceu um importante papel sócio-cultural no Ocidente (HUNTINGTON, 1997, p. 82), elaborando conceitos que contribuíram em inúmeras formulações do direito ocidental, tais como dignidade humana, preservação da vida, matrimônio, penitência e expiação. Portanto, sem que se compreendam essas raízes histórico-culturais, desenvolvidas no solo fecundo do Medievo, grande parte de aspectos referentes ao Direito pareceriam desprovidos de fundamento (BERMAN, 2006, p. 166).

É nesse sentido que procuramos ressaltar a importância do Purgatório para o estudo de princípios jurídicos. Este dogma, reconhecido oficialmente apenas no século XIII, no Segundo Concílio de Lyon, apresenta o fato de algumas almas receberem a purificação após a morte

para adentrar no Paraíso e, a possibilidade da mitigação das penas purgatórias pelo sufrágio (SANTOS, 2015).

Entretanto, esse reconhecimento, no final do século XIII, não pode enganar-nos; acreditando sê-lo imediato ao surgimento do Purgatório dentre as crenças da Igreja de Roma. Muito pelo contrário, a ideia de purificação dos pecados no além-mundo suscitara um rico imaginário popular nos séculos anteriores, num período de tempo que remontava aos Padres da Igreja. Destarte, a concepção de Purgatório e o amadurecimento de seu conceito haveriam de suscitar novas analogias e fundamentos para a organização social que iriam atingir, até mesmo, o Direito e a sua ciência (BERMAN, 2006, p.164).

A compreensão de como o Purgatório influenciou a ciência do Direito, notavelmente aquela que ressurgiu no século XI e XII com a criação da Universidade de Bologna, mostra-se como escopo deste texto. Mais abertamente, como este novo dogma aceito pela Igreja Católica apenas no final do século XIII – mas já consolidado na mentalidade da Europa do Baixo Medievo – alteraria a filosofia penal da Igreja, tendo claras repercussões no seu direito próprio nascente: o Direito Canônico. O que se entendia por crime e as penas a ele cabíveis logo haveriam de ser reestudados de modo a conduzi-los ao novo pensamento, à nova forma de se conceber a ciência que predominou nos séculos XI e XII.

Para chegar a este resultado, faz-se necessário percorrer algumas etapas de modo a consolidar o conhecimento. Afinal, o surgimento do Purgatório está interconectado com uma nova realidade social que se implementou nos séculos XI e XII. Naquele período, surgiram as primeiras universidades, um renascimento intelectual europeu. Arelado a isso, vê-se a redescoberta do Direito Romano (BERMAN, 2006, pp. 121-122), a criação de uma ciência jurídica pelos glosadores europeus (HESPANHA, 2015, p. 190) e a sistematização e codificação dos decretais e das decisões dos concílios da Igreja Católica: nasce, assim, o Direito Canônico (GIBERT, 1982, p. 23). É nesse Direito último que nossa análise terá o seu enfoque.

O Direito Canônico é, em última análise, filho desse período. Forjado dentre esses anos de renascimento cultural e de uma nova ideia de mundo, o Direito Canônico reunirá o pragmatismo e o racionalismo sempre presentes no Direito Romano com a fé cristã e a substância moral que dela se deriva. O Direito Canônico se guiará, desta maneira, a materializar a virtude da Justiça nos moldes católicos: legislar sobre o que

era considerado correto por parte da doutrina da Igreja. Para isso, haverá de fazer sempre analogias, correspondências entre a realidade tangível e o ideal divino. Como a Justiça divina, em sua perfeição, age? É provendo respostas tais como essa que o Direito Canônico se sustentará e buscará enquadrar, após auferida a conclusão, o modo como Deus concebe a Sua Justiça dentro do direito dos homens, fazendo uso dessas analogias, em especial, no seu Direito Canônico – aquele do qual possui controle imediato e independente.

O Purgatório, como já brevemente abordado, será uma dessas analogias utilizadas para fundamentar o Direito Canônico em um aspecto, à época, quase revolucionário.

As analogias entre a Justiça no além-mundo fomentaram uma nova concepção de crime e pena. Ora, compreendido dentro da ideia de Purgatório, temos um sistema jurídico muito mais complexo do que o visto até então. Se a justiça secular fazia uso de ordálias, duelos ou julgamentos de Deus para condenar seus réus ou aplicava penas infames, torturas crudelíssimas tais como as execuções públicas.

A Justiça de Deus, manifestada no sistema (agora tripartite) de Inferno, Purgatório e Paraíso se funda em um sistema de satisfação, expiação e penitência que sempre buscará a reunião do réu no seio divino, reestabelecendo a ofensa por meio da penitência, satisfazendo, assim, a honra do ofendido – no caso, o próprio Deus.

Conscientes da existência e da organização do Purgatório dentro da fé católica, os homens medievais empenham esforços intelectivos para incutir as extensões e as consequências da nova doutrina dentro do Direito Canônico nascente. Assim, os conceitos de equidade, justiça, satisfação e penitência tomarão conta das discussões jurídicas pela Europa Medieval.

O próprio conceito de crime necessitará de reformulações e abordagens distintas das já empregadas. Como conciliar a necessidade de satisfazer a ofensa ao ofendido mantendo a dignidade do ofensor? Para crimes diferentes é justo que se apliquem penas iguais? Há crimes mais graves ou menos graves? A punição deve ser a mesma para aquele que peca em ignorância daquela exercida sobre aquele que peca voluntariamente? Quanto a Justiça dos Homens pode determinar acerca da natureza do pecado do ofensor?

Essas são as questões que o Purgatório e sua lógica incutirão no estudo das leis penais canônicas e, por meio de analogias a ele remidas, as responderá. As respostas provocarão ecos até os dias da atualidade de

modo que não será possível compreendê-la perfeitamente sem possuir consciência disso (BERMAN, 2006, pp. 165-166).

Por exemplo, Pedro Lombardo concluirá, no século XII, que é impossível determinar que alguém cometeu pecado se não houve punição anterior (BERMAN, 2006, p. 186). Essa máxima seria apropriada pelos contemporâneos quando afirmarem que *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* (BERMAN, 2006, p. 186). Pedro Abelardo, por sua vez, estabelecerá os parâmetros fundamentais para se definir a culpabilidade do réu e até mesmo a própria existência do crime (BERMAN, 2006, pp. 189-190).

Se é dito que o Direito Penal não trata de coisas insignificantes – o princípio da insignificância, por ser a *ultima ratio* do sistema jurídico (BITENCOURT, 2018, p.62), o mesmo Abelardo tratará de determinar quais crimes deveriam ser julgados pela Justiça Penal Eclesiástica e, em uma das suas conclusões, afirma que ele deve ser grave e infamante para a comunidade o suficiente para merecer tal tipo de tratamento (BERMAN, 2006, p. 187).

Não seria essa a origem desse princípio que muitos creem ser fruto da modernidade? O reconhecimento desse mundo jurídico, aparentemente perdido, é imprescindível para se entender as raízes do pensamento penal moderno, além de reparar algumas injustiças cometidas contra os medievais. Por exemplo, há quem acredite que a lei penal desse período resumia-se a estabelecer penas fiduciárias e, caso o réu não pudesse pagá-las, penas infamantes, cruéis ou, até mesmo, a pena capital (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004, pp. 23-25).

O clássico da criminologia escrito por Otto Kirchheimer e Georg Rusche: *Punição e Estrutura Social* chega a tratar penance como uma relação de dependência entre dois privados para o Direito Medieval (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004, p. 23). Excluindo todo o debate ocorrido na época sobre a finalidade da penitência e, sobretudo, mostrando ser uma simplificação grosseira do que os medievais concebiam acerca do termo. Este artigo procura reestabelecer a concepção medieval do tema expondo a sua matriz lógica: o Purgatório.

A importância de se conhecer a lógica do Purgatório na mentalidade medieval dos séculos XI e XII reside na nova teoria de finalidade da pena que começava a surgir dentro do pensamento da Igreja. Sendo a mesma a instituição cultural – diga-se, a mais respeitável da época – haveria de influenciar o pensamento secular. Indiscutivelmente, a finalidade da pena concebida sob essa nova lógica deveria ser conciliada com os padrões

de Justiça e Satisfação que ainda estão presentes nas discussões sobre a pena nos dias atuais.

O reconhecimento das bases que fundamentaram a teoria da pena na cultura jurídica do Ocidente, tanto a argumentação daqueles que defendem uma revolução da teoria da pena (assinaladamente os abolicionistas), quanto daqueles reativos ganha substância histórica através do estudo do Direito Medieval - infelizmente, ainda pouco valorizado. Entretanto, este pouco valor choca-se com a relevância do mesmo para a construção do Direito como é atualmente, levando à redescoberta do direito romano com a contribuição da moral cristã. Destarte, a consciência das raízes medievais do Direito ocidental possibilita maior profundidade conceitual, propõe novos caminhos e cria parâmetros sólidos de debate.

2 A EVOLUÇÃO DO DOGMA E AS METÁFORAS TEOLÓGICAS CONCEBIDAS POR MEIO DA LÓGICA DO PURGATÓRIO

Das mudanças que ocorreram na dogmática cristã, uma das mais importantes foi a concepção de um lugar intermediário em que a alma purificaria os pecados cometidos na vida terrena para alcançar a vida eterna após o julgamento de Cristo quando este retornasse à terra para julgar os vivos e os mortos. O lugar haveria de se chamar Purgatório.

A evolução dogmática na cristandade ocidental que possibilitou o estabelecimento do Purgatório como um locus no além-mundo passou por ideias do imaginário popular e conceitos intelectuais (LE GOFF, 2017, pp. 27-29). Todavia, não caberia na redação desse texto, entrar no mérito de todas as nuances que ensejaram e firmaram o Purgatório na mentalidade do homem do século XI e XII. Interessa-nos mais concretamente a lógica que ele estabelecerá e as suas características fulcrais.

O Purgatório evoluiu de uma completa inexistência a um estado da alma até um lugar situado no além-mundo, exclusivamente destinado a abrigar os espíritos mortos em tormentos penitentes. Suplantava-se o binômio céu-inferno, então presentes no imaginário dos cristãos. Contudo, para que se acreditasse no Purgatório seria necessário crer na vida eterna e na ressurreição. Esses últimos pontos serão mais valorizados pela teologia na Idade Média, ressaltando o caráter apocalíptico do cristianismo. Todavia, a partir de uma mudança social e o renascimento da vida urbana, a salvação da alma e a integração da mesma no Reino de Deus começarão a ter um maior enfoque pelo imaginário popular bem como pela teologia.

Os argumentos expostos por dois Doutores da Igreja, Santo Agostinho e São Gregório, o Grande, seriam usados para justificar a plausibilidade de um além intermediário ao Inferno e o Paraíso.

Dessa forma, é possível conceber que já nos liames dos séculos XI e XII a ideia geral do Purgatório estava calcificada na mentalidade do homem medieval. Os princípios que norteiam o conceito do Purgatório são: as almas poderão receber sufrágio após passarem por tormentos no além. Estes sufrágios (orações de vivos aos mortos) poderão suavizar as penas dos espíritos purgados. A Igreja também solidifica o seu poder de jurisdição sobre o Purgatório ao admitir o poder de perdoar pecados. Um exemplo disso ocorre no Concílio de Clermont em 1091, quando o papa Urbano II garante plena indulgência àqueles que participarem da Primeira Cruzada (BERMAN, 2006, p. 171). A jurisdição da Igreja no além mundo abrirá brecha para que esta ela prescreva trabalhos de penitência a serem executados de modo a aliviar a pena purgatória.

Unindo o dogma do Purgatório - cada vez mais presente na mentalidade do homem dos séculos XI e XII com a crescente onda de intelectualidade e do pensamento científico que começou a tomar a Europa naqueles séculos - sobretudo no século XII. A nova teologia que surge no seio do pensamento científico europeu irá criar novas explicações para a finalidade do sacrifício de Cristo e, conseqüentemente, da penitência. Essas novas concepções irão refletir no foco desse artigo: o Direito Penal Canônico, de modo em que não se pode compreender propriamente este sem que se aproprie do conhecimento do pensamento da época acerca desses assuntos.

Um grande expoente da chamada nova teologia que surgirá nesse período é Santo Anselmo da Cantuária.¹ Este explicará em seus estudos teológicos alguns pontos importantes e fundamentais para a fé católica, como a existência de Deus - provada ontologicamente, e a necessidade do martírio de Cristo em seu tratado *Cur Deus homo* (Porque Homem-Deus, numa tradução literal). O Santo afirma que as suas conclusões são auferidas por meios racionais, somente (BERMAN, 2006, p. 177), o que evidencia esse novo caráter da nova teologia. Entretanto, de ambos os tratados cunhados por Anselmo, apenas a explicação da necessidade do martírio de Jesus Cristo interessará a esse estudo, demonstrada em *Cur Deus homo*.

¹ Também chamado de Anselmo d'Aosta (por conta da sua cidade Natal) ou de Anselmo de Bec (devido à localização de seu mosteiro. Contudo, Anselmo da Cantuária é o nome mais comum utilizado pelos historiadores, sobretudo por Harold Berman e Jacques Le Goff.

O argumento, de maneira bem resumida, sustenta o fato de que a crucificação de Cristo fora a solução encontrada por Deus para satisfazer a ofensa a ele cometida por Adão e Eva, restaurando a humanidade à sua graça. Basicamente, quando Deus criou o Homem, ele desejava que este sujeitasse a sua vontade à Deus. Contudo, o Homem optou por traí-lo. Essa ofensa, para ser perdoada por Deus, deveria ser satisfeita: o homem deveria oferecer algo a Deus que pudesse compensar a falta, a Ele, cometida. Como nada que o Homem pode oferecer a Deus é suficiente para compensá-lo, Deus ofereceu o seu filho, Jesus Cristo, homem e Deus ao mesmo tempo. A expiação de Jesus durante a crucificação foi o suficiente para restituir a ofensa cometida do Homem para com Ele e voltar a Criação ao seu propósito original (BERMAN, 2006, p. 177).

À parte das demais consequências culturais das quais a teoria de Santo Anselmo mostrar-se-ia influenciadora,² as que interessam a este texto são: a satisfação e a responsabilidade do homem por seus atos. Ambas irão provocar ecos na teoria canônica dos crimes, cabendo-nos focar nas conclusões teológicas de ambas.

Acerca da responsabilidade do homem por seus atos, o argumento da Satisfação proposto por Santo Anselmo, após a remissão do pecado original pelo martírio de Jesus Cristo, a humanidade passa a não necessitar do Direito. Afinal, quando Jesus implementou a lei de Deus e reconciliou os homens com ele, caso o homem seguisse os seus ensinamentos à risca, todas as questões de Direito seriam evitadas.

Contudo, o homem escolheu agir nem sempre de acordo com os preceitos divino, por isso precisa-se do Direito para regular os seus atos. Vale também, recordar, de que o homem não mais pode utilizar o argumento do pecado original como argumento para afastar a responsabilidade de seus atos. Ele passa a responder conscientemente tanto em relação a Deus quanto em relação à comunidade cristã em que está inserido pelos pecados cometidos. Esses pecados cometidos afastam tanto o ofensor de Deus como pode levar a sua comunidade a fazê-lo.

Finalmente, a doutrina de Anselmo expõe o caráter retributivo da Justiça que permeará o pensamento do homem daquela época – tendo ecos

² Berman cita o início da prevalência de Jesus crucificado nas Igrejas Católicas do Ocidente em detrimento do *Cristo Pantocrator*, ainda majoritário nas representações da Igreja do Oriente, como um exemplo característico dessa mudança de posicionamento do Catolicismo Ocidental. Cristo passa a ser visto, pelos latinos, muito mais como um “conquistador do pecado” (isso ocorrendo por meio do seu martírio que mostrou-se uma penitência) do que um “conquistador da morte” (a figura originalmente a ele atribuída que era melhor representada pela imagem de onipotência cunhada pelos bizantinos).

notórios até os dias atuais. A constatação do Santo acerca da necessidade de Cristo ter sido sacrificado por Deus para reconciliar a ofensa dos homens para com ele cria precedentes para uma nova teoria criminal. Esta teoria reside nas bases de que, se houve um crime, ele deve ser pago pelo criminoso para se reconciliar com a sociedade.

Entretanto, ela não é ornada por superioridade moral como é costumeiro para as teorias retributivas da pena. Afinal, os juízes, igualmente são pecadores e sujeitos aos tormentos futuros do Purgatório. Isso gerará algumas perguntas, como, por exemplo, como esse preço deverá ser pago? Como punir pecados diferentes? Como os juízes devem agir durante o processo?

Anselmo provirá essas respostas, mas um texto da época, escrito por um autor desconhecido tratará especificamente desses temas. O tratado *De vera et falsa poenitentia* definirá que um pecado criminal deverá ser reparado por meio da pena. Contudo, devido à equivalência moral dos agentes do processo penal (juízes e réus), a pena adequada deve ser auferida por meio de uma investigação científica do comportamento do réu (BERMAN, 2006, p. 183) e da exterioridade de seus crimes, sendo proporcional aos atos criminosos, por ele, cometidos. Uma das recomendações do tratado é o juiz revestir-se de empatia pelo réu de modo a conceber as falhas de uma perspectiva humana (BERMAN, 2006, p. 184).

3 O NOVO CONTEXTO CIENTÍFICO DOS SÉCULOS XI E XII NA EUROPA

É difícil compreender as mudanças ocorridas nos séculos XI e XII na Europa Medieval sem ser tentado a estabelecer linhas de causalidade, procurando determinar quais consequências são frutos de quais fatores. Não cabe a este estudo precisar o nexos de causalidade dos fatores elencados, apenas compreendê-los para se conceber o verdadeiro escopo da matéria: como a lógica do Purgatório ensejou mudanças no Direito Penal Canônico nos séculos XI e XII. Contudo, é impossível alcançar tal objetivo sem, anteriormente, ter uma devida compreensão dos fenômenos histórico-sociais ocorridos nesses anos e que ensejaram tais alterações no Direito Canônico.

O primeiro deles é a nova concepção de teologia que surgirá em detrimento da antiga. Se anteriormente o conhecimento teológico era visto, majoritariamente, pelas vias agostinianas de acesso, ou seja, a teologia

como fruto da introspecção e da revelação divina, intuindo misticamente Deus e seus atributos; nos séculos XI e XII, a teologia ganhará uma faceta mais racional, buscando validar a fé por meio da razão (BERMAN, 2006, p. 175). Isso será evidenciado nas obras de Pedro Lombardo, Abelardo e do próprio Santo Anselmo – que tentará provar a necessidade do sacrifício de Jesus Cristo em argumentos puramente racionais.

A mudança de raciocínio teológico será sentida até na fundamentação do Direito Canônico, esse que antes se almejava a sua concepção por intuição mística, agora se apropriará de discussões jurídicas e de fundamentações racionais (GROSSI, 2014, p. 254).³

O Purgatório, somado a essa nova forma de se pensar a teologia, também será responsável na significativa alteração de caráter do próprio cristianismo. Ora, antes a religião cristã evidenciava o seu caráter apocalíptico. Deus logo iria vir e julgar os vivos e os mortos, estabelecendo o seu eterno reinado na Terra. Entretanto, com o estabelecimento do Purgatório, essa faceta do cristianismo ganhou um caráter secundário. Afinal, o homem era o responsável pela sua própria salvação tanto quanto era por seus atos.

Esse pensamento conduziu a Igreja a alterar a sua opinião sobre si mesma. Agora ela via-se como responsável por conduzir os homens à salvação por meio das leis canônicas, ou seja, da correta definição de penas e gratificações que pastorearão o cristão até o Paraíso. Com isso, o desencanto do mundo, tão presente no primeiro milênio do cristianismo, sofrerá um sério golpe. À Igreja, não será mais interessante a vida futura no além, mas sim, no mundo temporal, estabelecer as condições necessárias para a salvação das almas. O Apocalipse não incomoda mais (LE GOFF, 2017, pp. 349-355).

Excetuando-se as mudanças sociológicas, temos as alterações no próprio Direito. É nesse período que surgirão as universidades, sobretudo a Universidade de Direito em Bolonha (BERMAN, 2006, p. 123). Logo, a redescoberta dos textos romanos, em especial o Digesto – famoso compilado de opiniões de notáveis juristas romanos que reativou o estudo do Direito na Europa, rumando para os mesmos caminhos trilhados pela teologia.

Do labor intelectual desses estudantes surgiram os primeiros comentários medievais acerca das fontes romanas, os quais ficaram

³ O autor cita que após o pontificado de Alexandre III (1159-1181) a consciência dos decretais papais como fonte do direito e a sua sustentação normativa se intensifica. Grossi também atribui a esse papa a qualidade de “grande jurista”.

conhecidos como os primeiros glosadores. Ademais, convém ressaltar que os estudos sistemáticos do Direito e do Processo Canônico, seriam inconcebíveis fora do contexto da Universidade Medieval. Esses estudiosos do Direito rejeitaram debruçar-se sobre as leis feudais da época, contudo, ao recriarem a ciência do Direito por meio de interpretações abstratas do Corpus Iuris Civillis eles abriram caminho para o Direito Canônico, mais especificamente para a Concordantia de Graciano.

É difícil precisar quando o Direito Canônico passou a existir de fato. É certo que os cristãos primitivos utilizaram-se da Bíblia para fundamentar o seu próprio Direito (GIBERT, 1982, p. 16). Essa tutela jurídica fundamentada na Bíblia deixaria de tornar-se apropriada às comunidades cristãs com o crescimento da religião e a sua conversão em religio licita por Constantino nos atos finais do Império Romano. A partir do instante em que Roma adere ao cristianismo em totalidade, as consequências jurídicas para os cristãos alteram-se, pois precisam conciliar o Direito Romano com as bases bíblicas da sua religião. Esse fenômeno haveria de ocorrer mais no lado Oriental – e sobressalente do Império, consumado com o Códex de Justiniano.

No lado Ocidental do Império Romano, a partir de 476 d. C. totalmente dominado pelos povos germânicos que conquistaram o território por meio de invasões e migrações, o Direito tomaria rumos diferentes de Bizâncio. Os germânicos possuíam, majoritariamente, um direito tribal, baseado no costume – diferente das codificações romanas, e nem sempre optante pela racionalidade para resolver os seus conflitos (como atestam as ordálias e julgamentos de Deus presentes nessas culturas). As províncias seriam regidas não por um direito único – como ocorrerá no Império Bizantino, mas sim por leis comunais em que se mesclava o costume com determinações dos reis e até mesmo de indicativos da sorte (GIBERT, 1982, pp. 45-47). É nesse contexto que teremos as primeiras aparições de prenúncios do Direito Canônico.

Basicamente, o Direito Canônico é um compilado das decisões auferidas em Concílios (reuniões do clero para definir dogmas, condenar heresias e até mesmo aconselhar os governos seculares) e Decretais Papais. Já no século V, o Papa Gelásio I buscou compilar tais decisões e decretais. Dois compilados foram criados: a Hispana e a Dionisiana. Durante o século VII, difundiram-se no Ocidente os Livros Penitenciais, um guia de pecados para auxiliar na confissão. Na época de Carlos Magno, o papa Adriano I enviou ao rei um exemplar da Dionisiana. A Hispana e Dionisiana foram

fundidas, adicionando-se outros decretais papais de Zózimo a Gregório II, essa compilação chamar-se-ia Dacheriana e dividia-se em três livros que tratavam, respectivamente: do matrimônio, procedimento judicial e dos clérigos. Em 829, o Concílio de Paris queima os livros penitenciais (GIBERT, 1982, p. 18 e pp. 91-93).

É válido lembrar que, numa época de instabilidades institucionais, a Igreja era a única organização estável e dotada de alta reputação na Europa Ocidental (HESPANHA, 2015, pp. 139-140). Durante a Reforma Gregoriana, em que Gregório VII opôs-se ao Imperador do Sacro-Império Romano Germânico Henrique IV, o Papa lança o documento *Dictatus papae* que, entre outras coisas, busca retirar os textos espúrios que dominavam o Direito Canônico da época submetendo-os aos princípios enunciados em seu documento. O próprio Papa lançará os próprios compilados canônicos, mas não conseguirá substituir os antigos. Entretanto, nas últimas décadas do século XI, Yves de Chartres estabelecerá o primeiro grande marco do Direito Canônico – as coleções *Tripertita*, *Decretum* e *Panormi* (HESPANHA, 2015, pp. 93-94).

Paralelamente a Yves de Chartres, temos a aparição de Graciano, já no século XII. Diferentemente de seu antecessor, Graciano possui ambições muito maiores em relação ao Direito Canônico. Tanto que não fará apenas um compilado, mas, sim, uma obra que pretenderá servir de fundamento para as futuras elaborações canônicas. Surgirá o *Concordia discordantium canonum*. O compilado de Graciano tentará harmonizar as discordantes ordens emitidas pelos decretais e concílios compilados, organizando-os de maneira sistêmica, fazendo uso da nascente ciência do Direito da sua época (GROSSI, 2014, pp. 250-253). A obra de Graciano abrirá o caminho para o surgimento de novas coleções de Decretais, culminando no *Decretalium Gregorii IX*, compilado feito por Raimundo de Peñafort em 1234 – época já posterior ao enfoque do nosso estudo (GIBERT, 1982, pp. 97-99).

O que nos cabe de estudo, entretanto, é a presença, no estudo jurídico de Graciano; da obra de Pedro Abelardo – sobretudo da dialética do filósofo francês somado com uma atenção aos debates dos primeiros glosadores (GROSSI, 2014, p. 251). Isso evidenciará o caráter distinto que Graciano buscará fundar o seu direito canônico, transformando-o em ciência e recebendo os novos ares do século XII.

4 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PENAL CANÔNICO

O Direito é um fenômeno histórico e cultural, logo, a historicidade é intrínseca. Destarte, o contexto histórico da época, o qual se mostra imprescindível para a sua devida compreensão, pode-se compreender as formas como se manifestam as novas ideias para o Direito Penal Canônico, influenciadas pela lógica do Purgatório e levadas à materialização devido ao renascimento científico dos séculos XI e XII.

Chegamos às teorias de Pedro Abelardo acerca da existência do crime e, auferida a mesma, quais crimes deveriam ser julgados pela Justiça Eclesial. Junto a isso, teremos o nascimento de um procedimento penal rígido para se apurar a verdade e sentenciar o réu da maneira mais adequada possível. Depois, chegaremos aos conceitos de *aequitas* que deverão nortear o comportamento do juiz na condução do processo penal. Então, por fim, a nova filosofia da pena que visará a salvação individual do pecador.

Deve-se ter em mente que inicialmente as divisões entre crime e pecado eram tênues. O clero tomava parte em muitos processos criminais e a personalidade dos governantes era imiscuída de algum caráter divino. Os canonistas nos séculos XI e XII precisaram criar critérios rígidos que estabeleciam o tipo de crime mereceria ser julgado pela lei canônica e de qual maneira isso seria feito. Essa motivação, contudo, era oriunda de um desejo por parte da Igreja de retirar dos reis e Imperadores a autoridade contra os crimes relacionados ao espírito (GONZAGA, 1993, pp. 138-139).⁴

Além disso, a Igreja elaborou quais pecados lhe competiam julgar e admitiu a possibilidade de violações da lei canônica não serem pecados – seguindo o esteio da nova ciência que racionalizava o direito e começava a retirar um pouco de seu caráter divino.

Dito isso, temos quais violações às leis canônicas eram pecados e dignas de julgamento por parte da Justiça Eclesiástica. Pedro Abelardo fará esta distinção ao preconizar que o pecado deva ser grave, externo e infamante para a comunidade (BERMAN, 2006, pp. 187-188). A Igreja ainda tentará mensurar a volição do pecador em cometer esse ato (o que Berman chama de “*sinfulness*”, quantidade de pecado). Abelardo não concordou com isso, asseverando que devido à imperfeição humana, nunca o homem poderá conhecer totalmente a volição de outro como Deus.

⁴ Com a exceção notável da heresia que continuará sendo tanto um crime canônico quanto um crime secular (lesa majestade), isso será utilizado pela Inquisição como forma de executar os hereges não arrependidos ao passa-los para a jurisdição do braço judiciário secular.

Entretanto, a voz de Abelardo será ofuscada pelos canonistas que procuraram criar modos de medir a vontade do réu em cometer o pecado motivo de seu julgamento. Alguns excludentes de ilicitude serão admitidos caso o réu não conseguisse precisar o certo do errado e o estabelecimento de critérios de conhecimento, intenção, motivação, atitude e personalidade na confecção de parâmetros para o crime (BERMAN, 2006, pp. 189-190).

Junto às teorias do delito da época, temos o surgimento de um sistema racional e rígido para o julgamento de pecados considerados criminais. Na realidade, o Direito Canônico inovou o pensamento com a concepção de um processo intrincado, rígido e fundamentado em diversos atos lógicos para proceder com os seus julgamentos (CAVANNA, 1982, p. 85).

Contudo, apesar de toda a rigidez presente no processo, o juiz deve considerar-se portador de um sentimento de empatia para com o réu – afinal a autoridade judicial é tão pecadora quanto àquele que julga, podendo passar sobre o rigor da lei de modo a beneficiar o réu nos casos em que a razão, assim, o permita fazê-lo (HESPANHA, 2015, pp. 164-169).⁵ Destarte, o juiz preconizará o equilíbrio da sociedade (evitando ser severo demais), assim como demonstrará a clemência motivada por conta de sua humanidade e senso de empatia (CAVANNA, 1982, pp. 121-124).

Até então, via-se a pena como um modo de restauração da paz, uma satisfação obtida em favor do ofendido e de estabilização da sociedade (BERMAN, 2006, p. 185). Esta ideia não seria completamente abandonada, todavia, o fator punitivo da pena ganhará mais destaque. Anteriormente, o crime era tido como um fator alienante (tanto para com a sociedade quanto de Deus), esta premissa será relegada ao estado de subsidiária, pois, com a presença do Purgatório na mentalidade daquele período, o interesse da pena mostra-se em reconciliar o criminoso com Deus (VONBAR, 1916, p. 94).

Essa reconciliação ocorrerá por meio de uma penitência, acessada pela prescrição de uma pena, que não só satisfará o ofendido como reparará a ofensa e se fará a Justiça. O criminoso passa a ser importante para o Direito Canônico que procura reformá-lo, ainda que a própria filosofia desse Direito seja dotada de um caráter retributivo (VONBAR, 1916, pp. 91-94).

A redescoberta de algumas das mais importantes obras jurídicas romanas, textos se encontravam esquecidos em bibliotecas e mosteiros europeus, tronaram-se essenciais para o desenvolvimento dos estudos

⁵ O autor concebe a existência de dois tipos de flexibilidades nas leis desse período: a flexibilização por meio da graça (a ideia de que todos são iguais perante a Deus) e a flexibilização por meio da equidade (a clemência dada em adequado caso concreto).

jurídicos. A necessidade de fundamentar sua argumentação era vital, assim, o uso destes textos jurídicos forjaria o direito comum medieval, base dos posteriores ordenamentos jurídicos europeus (PADOVA, 2005, pp. 195-197).

O direito, herdado dos romanos, era tido como terminado, que não necessitava modificações, um reflexo de uma sociedade organizada, uma sólida base para a *societas christiana*. Não era uma atribuição do governante a criação do direito, mas sim a *iurisdictio*, que se revelava como forma de se fazer justiça, ao interpretá-la (GROSSI, 2014, p. 161).

Ainda que houvesse certas adaptações legais, como a *Lex Romana Visigothorum* ou a *Lex Romana Burgundionum*, entre outras, não seria correto considerá-las como produção jurídica em continuidade com a jurisprudência romana, uma vez que se tratava de adequações bem distantes do pensamento legal e da rotina profissional da *Lex romana*. (RASCÓN, 2011, p. 34). A unidade era garantida pela ordem, assim, era necessário separar o que é autêntico daquilo que era espúrio, em uma superação das antinomias visando o estabelecimento da verdade (GROSSI, 2014, p. 183).

Por conseguinte, no âmbito jurídico, a unidade existente entre o direito romano e canônico e, destes no *Ius Commune*, difundiu-se por todos os reinos considerando as mesmas bases religiosas e políticas, em uma cultura comum: a cristandade latina. Os juristas daquela época entendiam como *Ius Commune* a herança das leis romanas, que respeitosamente as interpretavam como um direito sem fronteiras, já que todos os reinos ocidentais eram parte da mesma cristandade. Assim, este *Ius Commune* integrava todas as gentes, as instituições políticas, *imperium* e *sacerdotium*.

Na cristandade latina, subdividida politicamente em diversos reinos, inexistia uma autoridade política central e, neste cenário, as nomeações e sagrações se relacionavam diretamente à questão da propriedade de terras, funções administrativas que caberiam apenas aos governantes temporais. Logo, ao imperador, que tentava impor sua auctoritas, e seus aliados, a atitude reformista do papado demonstrava uma clara ameaça a seu poder.

Os juristas medievais tornaram-se parte essencial neste cenário, já que seu conhecimento sobre leis e doutrina era imprescindível. As leis baseavam-se nas normas canônicas, de uso geral e em costumes jurídicos locais, tendo como ponto culminante as interpretações das leis pelo governante, *conditor legum*, que proporcionava a justiça a todos e a cada um (GROSSI, 2014, p. 166).

Influenciados pelos textos canônicos e usando os redescobertos textos romanos, especialmente a o Código de Justiniano (Digesto), os juristas começavam a esboçar interpretações jurídicas e teorias políticas. Por conseguinte, os estudiosos eclesiásticos tiveram que buscar instrumentos hermenêuticos que lhes permitissem trabalhar com esta nova realidade.

O direito canônico relaciona-se à missão da Igreja de transformar o mundo e restabelecer o que a imperfeição humana não alcançara e, dessa forma, estabeleceria a verdade e a justiça. Designava uma concepção sacra, própria da Igreja e era considerado como um reflexo do direito natural, mesmo que racional, fundamentando-se na revelação divina.

Este direito da Igreja consistia em uma grande coletânea de documentos, como decretais, resoluções sinodais, fragmentos de textos de exegese e comentários dos Santos Padres. Todavia, seria o direito canônico a inspiração do direito secular. Tal como a Igreja Católica adaptara os conceitos romanos às suas realidades, preservando o conhecimento clássico, posteriormente, os juristas adaptariam vários conceitos presentes nas normas canônicas aos interesses seculares.

Até meados do século XI a maioria dos juristas seculares tinha uma formação teológica, ainda que profissionais seculares, estando familiarizados com as características canônicas. A formação fundamentalmente teológica dos juristas fazia destes estudiosos grandes conhecedores do ordenamento canônico e, somado à profunda presença religiosa nos mais diversos âmbitos da sociedade medieval, revela-se decisiva para o desenvolvimento do direito ocidental.

Dessa forma, mostra-se muito compreensível esta adaptação, já que os juristas gradativamente adequaram os conceitos do direito canônico às suas necessidades, constituindo os sistemas jurídicos seculares. Os sistemas legais seculares se desenvolveram organicamente, ainda que inicialmente vinculados às origens canônicas, estando ambos conectados com os movimentos políticos e culturais.

CONCLUSÃO

Em meio às discussões sobre o estudo de princípios jurídicos, procuramos apresentar neste artigo como a lógica do Purgatório influenciou a fundação do Direito Penal Canônico, criando uma nova substância para as teorias de delito, pena e processo penal. A temática analisa uma importante etapa na construção jurídico-política do Ocidente.

Procuramos enfatizar que as repercussões das promovidas pela Doutrina do Purgatório não ficaram restritas apenas à dimensão espiritual, mas proporcionaram uma mudança nas estruturas sociais e, por conseguinte, no sistema jurídico medieval. Destarte, o surgimento da Doutrina do Purgatório deve ser compreendido como um elemento que exerceu grande influência e possibilitou progressos no desenvolvimento dos estudos jurídicos nos séculos seguintes.

Não era nossa pretensão pormenorizar esta Doutrina, mas possibilitar a compreensão de sua importância para o desenvolvimento jurídico, com a sistematização do direito canônico e o trabalho representado pelos glosadores medievais. A relação entre o direito romano e o canônico forja a reflexão jusfilosófica de fins do século XI aos séculos seguintes, contribuições do Medievo - solo fecundo onde se desenvolveram as raízes da Modernidade - impulsionando as mudanças e adaptações dos estudos jusfilosóficos, veículo para transformações na vida política na construção do direito ocidental.

O trabalho dos juristas, que em meio às agitações do Medievo, intensificou o estudo e aprimorou as adaptações do direito canônico e do *Ius Comune* e, dessa forma, acabou por desenvolver corpos de regras substantivas do direito relativos à herança, matrimônio, delitos, penas, expiações, que paulatinamente evoluíram através de regras de procedimentos jurisdicionais no correr dos séculos.

Nesse sentido, procuramos evidenciar como as concepções de justiça penal mudaram por força dos argumentos oriundos da solidificação do Purgatório na mentalidade social dos homens dos séculos XI e XII.

Destarte, percebe-se como a Doutrina do Purgatório influenciou o desenvolvimento do Direito Penal Canônico, contribuindo para a solidificação de princípios fundamentais para o Direito e a Civilização Ocidental.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO. **A cidade de Deus contra os pagãos – parte II**. 8. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

ALMEIDA, P. O. **Raízes medievais do Estado moderno: a contribuição da Reforma Gregoriana**. 2013. 300f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais. Impresso. Belo Horizonte, p. 116.

BATISTA, N. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro – I.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BERMAN, H. J. **Direito e Revolução.** A formação da Tradição Jurídica Ocidental. Trad. Eduardo Takemi Kataoka. Coleção Díke. S. Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BLOMME, R. **La Doctrine du péché dans les écoles théologiques de la première moitié du XIIe siècle.** Lovaina: Gembloux, 1958.

BRAGUE, R. **Mediante a Idade Média: filosofias medievais na cristandade, no judaísmo e no islã.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010.

CALASSO, F. **Medio evo del diritto.** Milão: Milano Giufrè, 1954.

CAVANNA, A. **Storia del diritto moderno in Europa:** le fonte e il pensiero giuridico. v. I. Varese: Tipografia Mori & C. S.p.A., 1982.

CORTESE, E. **Le grandi linee della storia giuridica medievale.** Roma: Il Cigno, 2002.

DAWSON, C. **Criação do Ocidente.** Trad. Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2016.

DAWSON, C. **Dinâmicas da história do mundo.** Trad. Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações Editora, 2010.

DAWSON, C. **Progresso e Religião: uma investigação histórica.** Trad. Fábio Faria. São Paulo: É Realizações, 2012.

DUBY, G. **As três ordens ou o imaginário do feudalismo.** Lisboa: Estampa, 1982.

GIBERT, R. **Elementos formativos del derecho em Europa: germanico, romano, canônico.** Ibiza: Imprenta Manuel Huerta, 1982

GILISSEN, J. **Introdução Histórica ao Direito.** 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2013.

GILSON, E. **A Filosofia na Idade Média.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GILSON, E. **El Espíritu de la Filosofía Medieval.** Trad. Ricardo Anaya. Buenos Aires: Emecé, 1952.

GONZAGA, J. B. **A inquisição em seu mundo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

GROSSI, P. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato, Agostinetti. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Edições Almedina, 2015. p. 190.

JEDIN, H. **Manual de Historia de la Iglesia**. La Iglesia bajo el dominio de los laicos. Tomo III. Trad. Daniel Ruiz Bueno. Barcelona: Herder, 1980.

JEDIN, H. **Manual de Historia de la Iglesia**. Reforma, Reforma Católica y Contrarreforma. Tomo V. Trad. Daniel Ruiz Bueno. Barcelona: Herder, 1965.

KUTTNER, S. **Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregor IX**. Vaticano, 1935.

LANDGRAF, A. **Commentarius Cantabrigiensis in Epistolas Pauli e Schola Petri Abaelardi** 2 In epistolam ad Corinthias Iam et IIam, Ad Galatas et Ad Ephesos. Notre-Dame (Ind.), 1939.

LE GOFF, J. **O nascimento do Purgatório**. Trad. Maria Ferreira. Petrópolis: Editora Vozes, 2017.

LE GOFF, J. **La Civilización del Occidente Medieval**. Trad. Godofredo Gonzáles. Barcelona: Paidós, 1999.

LIMA VAZ, H. C. **Raízes da Modernidade**. Escritos de Filosofia VIII. São Paulo: Loyola, 2002.

PEDRERO-SÁNCHEZ, M. G. **História da Idade Média: textos e testemunhas**. São Paulo: UNESP, 2000.

RASCÓN, C. G. **Síntesis de historia e instituciones de derecho romano**. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

ROPS, D. **A Igreja das catedrais e das cruzadas**. Trad. Emérico da Gama. São Paulo: São Paulo Quadrante, 1993.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

RUST, L. D.; SILVA, A. C. L. F. **A Reforma Gregoriana: trajetórias historiográficas de um conceito.** *Revista História da Historiografia*, Ouro Preto, n. 03, set. 2009, p. 135-152.

SALGADO, K. **História e Estado de Direito.** *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 71, 2009, p. 102-113.

SANTOS, A. F. G. R., **O Purgatório na escatologia católica: uma identidade em construção.** Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Teologia, dissertação de Mestrado.

SARSA, F. L. N. **La doctrina del purgatorio:** en el desarrollo teológico. Navarra, publicação periódica da Faculdade de Teologia de Navarra, volume 66/2017, dissertação de doutorado.

SCHIOPPA, A. P. **História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea.** Trad. Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. 1. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SOUZA, J. A. C. R.; BARBOSA, J. M. **O reino de Deus e o reino dos Homens: as relações entre os poderes espiritual e temporal na Baixa Idade Média** (da Reforma Gregoriana a João Quidort). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

TOSTES, R. R. **O nascimento do Purgatório como preparação do burguês:** espaços citadinos e teologia social medieval. Curitiba, *Revista Vernáculo*, n. 17-18, 2006, p. 126-137.

VILLOSLADA, R. G. **Historia de la Iglesia Católica:** Edad Media. v. 2. Madrid: BAC, 1993.

VONBAR, L. **The continental legal History series:** History of continental criminal law. v. 6. Trad. Thomas S. Bell. Boston: Little Brown and Company, 1916.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

THE INCIDENT OF DISREGARD DOCTRINE IN TAX MATTERS

Renato Maso Previde *

Antonio Machado Guedes Alcoforado **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Considerações iniciais sobre a desconconsideração da personalidade jurídica. 2 Uma visão ampla da desconconsideração da personalidade jurídica. 2.1 Aspectos de ordem econômica no direito processual civil. 2.2 Breve reflexão sobre a desconconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. 2.2.1 O juízo de exceção da decisão perante o Código de Processo Civil de 1973. 2.2.2 O poder (dever) geral de colaboração na produção da prova no pedido de desconconsideração. 2.2.3 O procedimento regulado pelo atual Código de Processo Civil. 3 Visão específica em matéria tributária: responsabilidade tributária *versus* a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. 3.1 Responsabilidade tributária atribuída aos sócios e aos administradores de pessoas jurídicas previstas no Código Tributário Nacional. 3.2 Dissolução irregular. 3.3 Aplicabilidade da desconconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário. 3.4 A desconconsideração da personalidade jurídica e sua distinção com a responsabilidade atribuída aos sócios e aos administradores. 3.5 Impossibilidade da desconconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária por meio do parágrafo único do art. 116 do CTN. 3.6 Adequação (ou não) do pedido, em matéria tributária, frente ao incidente previsto no atual CPC. Conclusão. Referências.

RESUMO: O campo de estudo está concentrado no Direito Processual Civil e Direito Tributário com o objetivo de resolver celeuma criada pelo novo Código de Processo Civil, em que houve a inclusão do procedimento de Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica como Intervenção de Terceiros, o que causou questionamento quanto à sua aplicabilidade em matéria tributária. O método de estudo dogmático jurídico e analítico da legislação e construção jurisprudencial existente permitiu concluir que existem três teorias a serem aplicadas: de que o incidente de desconconsideração poderá ser aplicado em matéria tributária, desde que utilizada a teoria de que aplica-se tal instituto por adequação dos requisitos do art. 50 do CC; ou pela aplicação da teoria de que o art. 135 do CTN possui os requisitos da adequação ao pedido da *disregard doctrine*; e, a terceira, que sustenta da inaplicabilidade do incidente em razão de que há automático redirecionamento da ação em face do sócio-gerente, sem a necessidade de se aplicar a desconconsideração. A decisão quanto à utilização de uma ou outra teoria será quanto aos efeitos pretendidos, conforme segue no estudo realizado.

Palavras-chave: Tributário. Processo Civil. Desconconsideração. Personalidade Jurídica. Intervenção de Terceiros.

* Doutor pela PUC/SP em Direito Econômico. Membro do Grupo de Pesquisas do Acordo de Cooperação e Convênio firmado com a “Universitté de Paris 1 Panthéon-Sorbonne” (Paris - França); “Institut du Monde et du Developpement pour la Bonne Gouvemance Publique” (IMODEV) e Instituto Capitalismo Humanista (ICH). Advogado. Professor da especialização da PUC/MG, campus Poços de Caldas. Professor titular da graduação da Universidade do Estado de Minas Gerais na disciplina de Direito Empresarial. Professor Voluntário do EaD da Universidade Federal de São Carlos, na disciplina de Legislação e Direito Ambiental na graduação em Engenharia Ambiental.

** Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor Conferencista no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e na especialização em Planejamento Tributário na UFPE. Auditor e Ex-Superintendente Jurídico da Secretaria da Fazenda do Estado de PE. Pesquisador no IBET e na FGV Direito/SP.

Artigo recebido em 16/09/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: PREVIDE, Renato Maso. ALCOFORADO, Antonio Machado Guedes. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 55-91. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: *The field of study is concentrated in Civil Procedural Law and Tax Law with the objective of resolving the brain of a new Code of Civil Procedure, in which there was an inclusion of Incident procedure of Disregard Doctrine as Third Party Intervention, which caused questioning to its applicability in tax matters. The method of dogmatic legal and analytical study of the legislation and jurisprudential construction is allowed to conclude that there are three theories to be applied: that the incident of disregard is applied in the tax matter, adequacy of the requirements of art. 50 of the Code of Civil Law; Or by applying the theory that art. 135 of the Code of Tax Law has requirements of adequacy to request for disregard; and the third, which maintains the inapplicability of the incident because of the automatic redirection of the action in the face of the managing partner; without a need to apply a disregard. The existence of a method of performance evaluation or of another type of theory for the intended effects.*

Keywords: *Tributary. Civil Law. Disregard. Legal Personality. Third Intervention.*

INTRODUÇÃO

Dos idos do Código de Processo Civil de 1973, acredita-se que a administração da pessoa jurídica por seus responsáveis decorre de uma nova postura destes frente àquela, sendo que o autor espanhol Navarrete afirma em seu trabalho a necessidade desta nova administração, pois ensina sobre uma teoria jurídica contemporânea da empresa como ponto de encontro entre cultura, sociedade e Direito, através das duas almas contratuais e organizativas do sistema jurídico: um moderno Direito racionalizador e de gestão econômica (SIMÃO FILHO, 2004, p. 205).

No Brasil, de acordo com Stajm, atualmente a identidade da empresa deve estar associada à sua função institucional: produzir ou fomentar a circulação de riquezas (STAJN, 2004, p. 142).

Atualmente, a organização dos fatores da produção não é vista como atos, mas como combinações de contratos, resultando em um feixe de contratos que dá origem ao núcleo da empresa à medida que reúne e organiza os fatores da produção, harmoniza interesses múltiplos e não homogêneos como o de empregados e empregadores, fornecedores e consumidores (STAJN, 2004, p. 148).

Esta nova sistematização dos administradores com a pessoa jurídica, possui na governança corporativa a sua máxima, em que não há meios, atualmente, de dissociar esta prática (daí nem expressar mais como uma ideia) do cotidiano da empresa, podendo traduzi-la como “um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação, numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de uma empresa, de um lado, e aqueles que nela investem recursos, de outro” (SANTOS, 2003, p. 180).

Simão Filho traduz como sendo “a submissão da empresa e de seus órgãos sociais a um sistema de regras impositivas de conduta que abrange determinadas práticas de fundo ético e moral, criadas para esta finalidade ou preexistentes, que se refletem na sua administração; relacionamentos entre sócios, administradores e grupos de interesse social com os quais há interação, tais como, funcionários, prepostos, quotistas de qualquer natureza, fornecedores, clientes, além do relacionamento com o poder do Estado e o mercado em geral, de forma positiva para que se cumpra o objeto social e se atinja o fim social dentro de certos parâmetros tidos por razoáveis e corretos” (SIMÃO FILHO, 2008, p. 202).

Dentro deste padrão mencionado acima, Navarrete, em seu *El derecho nuevo de los grupos de empresas*, preocupa-se pela busca de clareza nas relações entre os grupos de empresas e as outras partes integrantes do feixe de contratos realizados com aqueles para a construção da segurança jurídica, quanto ao seu cumprimento e de que as regras contidas na legislação mercantil tenham a capacidade de resguardá-los, quando necessário (NAVARRETE, 2008, p. 121).

Há a busca, portanto, da efetividade da norma encartada na legislação mercantil, trabalhista, fiscal e consumerista em proteger os direitos das partes que acreditaram no grupo empresarial ou meramente na pequena empresa, realizando o feixe de contratos e investindo no crivo dos empregados, acionistas ou quotistas, credores e Estado.

Hodiernamente, por todas estas circunstâncias, a desconsideração da personalidade jurídica passa por uma reconsideração em relação à sua aplicação.

A discussão que se pretende balizar o presente artigo refere-se ao fato de que a desconsideração da personalidade jurídica realizadas até a vigência do novo Código de Processo Civil figurava como verdadeira exceção frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista sua aplicação mediante simples petição formulada pelo credor ou, ainda, se o novo procedimento de incidente previsto no atual diploma processual civil é aplicável às hipóteses de responsabilização tributária prescritas no Código Tributário Nacional e, portanto, se estes casos de desconsideração previstos no artigo 50 do Código Civil também se aplicam às relações jurídico-tributárias, pelos mesmos requisitos da codificação civil.

Antes à nova codificação processual civil, não havia sequer um procedimento hábil a gerar dúvida em relação ao que fora proposto para

tal quebra, o que ocasionava prejuízo ao próprio sentido do instituto da personificação da pessoa jurídica e demais reflexos desta garantia aos sócios.

A simples previsão do instituto da desconsideração seja no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor e no Código Tributário Nacional, demandava a assunção de um risco não suportado ainda pela Teoria da Empresa, pelo simples fato da existência do princípio da preservação da empresa.

O presente estudo se inicia com uma visão da *disregard doctrine*, que surgiu no cenário jurídico como um meio extremo, importando na quebra momentânea da personificação jurídica e das garantias existentes em razão da formação deste escudo patrimonial e de responsabilidades, interpretando-a por um enfoque humanista sobre a Ordem Econômica da Constituição Federal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Segundo Kelsen (1987, p. 187), a pessoa jurídica, assim como a pessoa natural (ou pessoa física), enquanto sujeitos de direito, são realidades jurídicas.

A sociedade empresária possui personalidade jurídica própria, distinta da personalidade dos seus sócios. Como consequência dessa distinção, tem-se a separação na titularidade obrigacional (os direitos e obrigações da pessoa jurídica não se confundem com os dos seus sócios) e na titularidade processual (a pessoa jurídica tem legitimidade para demandar e ser demandada em juízo), consagrando a autonomia patrimonial (COELHO, 2004, p. 14-16).

A teoria da personalidade jurídica, conhecida na doutrina como *Disregard of Legal Entity*, originou-se na jurisprudência inglesa e americana, nos casos, respectivamente, *Solomon vs. Salomon & Co. Ltd.*, de 1897, e *Bank of the United States vs. Deveaux*, de 1809.

A *Disregard of Legal Entity* foi estudada inicialmente pelo alemão Rolf Serick (1966, p. 89). No Brasil, foi introduzida doutrinariamente por Rubens Requião, que defendia a aplicação da teoria originária do direito anglo-saxão ao ordenamento jurídico pátrio (REQUIÃO, 1969, p. 12-24), sendo posteriormente absorvida pelos tribunais e contemplada em algumas legislações, como, por exemplo, na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), na Lei nº 8.884, de

11 de junho de 1994 (Lei sobre a preservação e a repressão às infrações contra a ordem econômica), na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei sobre a responsabilidade por lesões ao meio ambiente), e no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

2 UMA VISÃO AMPLA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 Aspectos de ordem econômica no direito processual civil

Walmott Borges dispõe sobre o Direito Econômico, como necessária a regulação do conflito entre os agentes públicos e privados, sendo que a harmonização entre os interesses da iniciativa privada e da iniciativa pública deve buscar um objetivo comum: o benefício do coletivo (BORGES, 2004, p. 219).

Nossa responsabilidade está em mostrar os caminhos ao Estado, para que se estruture em respeito à liberdade como um princípio de conduta humana para que se mantenha imaculada a pessoa, na medida em que se concilie com os interesses da coletividade (ESTORNINHO, 1999, p. 211).

Assim, através dos ensinamentos de Salomão Filho ao trazer do Direito Alemão a ideia de um contrato em que prepondera o denominado Direito Institucional, pois enfrenta-se tempos de transformação, onde a publicização do privado, iniciada há tempos, e hoje assisti-se à privatização dos institutos do ramo do direito público (SALOMÃO FILHO, 2004, p. 73).

A dualidade entre Direito Público e Privado já não representa o Direito posto, pois não comporta a transformação dos institutos jurídicos existentes desde os alicerces do Direito Privado até os novos institutos que surgiram no decorrer dos tempos como as parcerias público-privadas e demais figuras que mesclam tanto elementos de Direito Privado quanto de Direito Público.

Não se trata da simples defesa de um Direito Civil Constitucional, até mesmo por hoje não ter razão em existir tal expressão, tendo em vista a constitucionalização do Direito, mas trata-se o presente tema de institutos que até então seguiam exclusivos de um determinado ramo do Direito e, atualmente, com a transformação das relações jurídicas, já não possuem mais esta rigidez conceitual de que seriam exclusivos de determinada área do Direito, de representar uma das dualidades.

Leclercq estabelece que dificilmente pode-se traçar uma divisão entre Direito Público e Direito Privado, pois isto depende da organização do Estado e, em decorrência lógica, do sistema econômico a que está vinculado. Textualmente:

Portanto, há uma interpenetração entre direito público e direito privado. As fronteiras de direito público e direito privado estão longe de ser sempre claras. Não podemos dizer que o direito privado procede do direito público na medida em que o modo de organização de um Estado condiciona toda a atividade privada e a quota de atividade pública? (LECLERQ, 1995, p. 10)

Desta forma, a própria designação da natureza jurídica do Direito Econômico não possui correspondência em uma das áreas representadas pela arcaica dualidade representativa do Direito.

O Direito Econômico é o ramo do Direito que incorpora a dualidade, representando a zona cinzenta entre os dois ramos do Direito, isto é, uma mescla do público com o privado, o que se prefere, no presente trabalho, designar de Direito Institucional, segundo os ensinamentos de Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, 2004, P. 73).

Trazer esta discussão para o campo do Direito Processual Civil, notadamente de Direito Público, importando na existência de um Direito Processual Econômico, vem decompor, mais uma vez, a questão da dualidade dos ramos do Direito.

Trata-se, não de abordar a existência de macro ou microconflitos, mas de expor que a Economia necessita ser regulada pelo Direito, qualquer que seja seu potencial de atingir desde relações entre indivíduos ou entre empresas, seja de qual valor for: de microinteresse ou macrointeresse.

A partir desta verificação haveria a subsunção de todas as relações jurídicas econômicas à sua delimitação pelo Direito, no intuito de ponderar às partes o dever essencial de que esta relação seja moldada, remoldada e efetivada de acordo com o bem-estar dos envolvidos, trazendo a estes a possibilidade de elevação do espírito humano com o objetivo de desenvolvimento social e econômico.

Este ideal deve ser guiado àquelas relações, frise-se aqui, que possam ser relativas a grandes corporações, empresas e aquelas outras originadas de operações entre indivíduos, tendo em vista que, qualquer que for o caso dentre estes, necessitará haver um controle tal de combater

ao abuso do poder econômico e controlá-lo, pois este existe tanto nos macrointeresses quanto nos microinteresses.

Conciliar estas necessidades ao novo diploma processual civil vem a ser a exigência de suplantar a Economia pelo Direito, em razão de todo o exposto, por existir uma doutrina econômica que merece ser contida, sob pena de que os hipossuficientes sejam excluídos do desenvolvimento econômico e social.

Os fatores econômicos estão presentes em uma infinidade de relações jurídicas que, posteriormente, serão tratadas por instrumentos existentes no novo Código de Processo Civil e pensar o Capitalismo Humanista como doutrina econômica baseada no artigo 170 da Constituição Federal, confere o surgimento de novos tratamentos a institutos do diploma processual civil, bem como o surgimento de outros, que denotam que a Ordem Econômica Constitucional alicerçou um diploma processual convergente com os ditames do Humanismo Antropofílico.

Pode-se afirmar como exemplos desta ocorrência, a inserção nos procedimentos especiais de uma ação possessória coletiva, da exclusão da ação de depósito, da inclusão da ação de dissolução parcial de sociedade, dentre outros ganhos.

Tem-se ainda a inserção de um procedimento hábil à efetivação do contraditório nos pedidos de desconsideração da personalidade jurídica, o que ocorria, até então, como verdadeiras decisões de Tribunais de Exceção, quando o julgador determinava a quebra do escudo protetor dos sócios, mediante simples petição, ausente qualquer oitiva da parte interessada e sumariamente prejudicada.

Como uma das principais vertentes demonstradoras da limitação do poder econômico pelo processo civil está a inclusão de normas principiológicas que determinam a obediência, pelas partes, do exercício da boa-fé, da duração razoável do processo, o dever de cooperação entre si e ainda a previsão do artigo 8º de que:

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.

Portanto, a observância, pelo novo Código de Processo Civil, de uma série de instrumentos mitigadores do poderio econômico, leva a considerar a aplicação da doutrina econômica baseada e estruturada no

Capitalismo Humanista, ofertando à sociedade a possibilidade de erigir rumo à multidimensionalidade dos Direitos Humanos, gerando reflexos no próprio diploma processual civil.

2.2 Breve reflexão sobre a descon sideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro

2.2.1 O juízo de exceção da decisão perante o Código de Processo de 1973

Para a análise deste tópico deve-se pormenorizar a importância dos princípios, pois se a assertiva é a de que ocorria verdadeiro juízo de exceção nos julgamentos anteriores ao novo Código de Processo Civil, em razão da aplicação da *disregard doctrine*, nada melhor do que apontar a importância da aplicação dos princípios como instrumentos norteadores da aplicação das garantias em relação ao cidadão no Estado Democrático de Direito.

Os princípios nada mais são que espécies de norma do qual também integram esta classificação as regras, formando, portanto, o gênero norma.

As normas principiológicas, conforme ensinamento de Tavares, servem de vetores para a interpretação válida da Constituição, justamente por sua abstratividade o que determina significados às demais normas (normas-regras) (TAVARES, 2007, p. 100).

Neste sentido, a interpretação das normas-regras por intermédio de normas principiológicas viabiliza um maior entendimento com o fim de busca da vontade concreta da lei (CHIOVENDA, 2000, p. 68).

Posto desta forma, a riqueza de detalhes quanto à aplicação de uma norma-regra embasada em princípios confere ao aplicador do direito a segurança essencial para a decisão de um caso concreto ou até mesmo quanto à explanação de determinado caso jurídico.

Segundo Robert Alexy, isto se deve ao fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, razão pela qual designa os princípios por mandamentos de otimização (NERY JÚNIOR, 2009, p. 25).

Ronald Dworkin, ensina o seguinte:

Os princípios conferem coerência e justificação ao sistema jurídico e permitem ao juiz, diante dos ‘hard cases’, realizar a interpretação de maneira mais conforme à

Assim, a melhor análise com base nos princípios surge de Canotilho que os determina como possuindo um grau de abstração elevado, por isso, vago e indeterminado, não concluindo, por si só, em decisões precisas, gerando um sistema jurídico falho pela ausência de segurança, justamente devido ao seu sistema estruturante ou como um papel fundamental no ordenamento jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

Por isso, o autor os qualifica em grau de abstração, determinabilidade, fundamentabilidade, proximidade da ideia de direito e natureza normogenética (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

Daí a essencial importância de enfatizar a ocorrência de verdadeiro juízo de exceção quando se trata da matéria em estudo.

Quando a Constituição Federal impõe como garantia fundamental do indivíduo que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme estatuído no artigo 5º, inciso LV, denota-se que há a preservação de que todo e qualquer indivíduo não terá seu direito violado, a não ser por meio de um processo vinculado à lei, que se utilizará de instrumentos para que este direito seja sobreposto por outro, caso exista a má-utilização daquele, como presente os requisitos para a aplicação da *disregard doctrine* no artigo 50 do Código Civil.

A valoração de cláusula pétrea dos princípios do contraditório e da ampla defesa, não podem ser subjugados por decisões judiciais que marginalizam a própria aplicação destes postulados de garantia e de preservação de um bem maior: o Estado Democrático de Direito, visto que o juízo de exceção é a afronta àquele.

A partir do momento em que possuímos como característica de nossa Constituição uma rigidez na possibilidade de sua mutabilidade formal, temos que todos os instrumentos de interpretação necessários a dar um bom entendimento a um caso concreto, devem ser utilizados no intuito de entregar à sociedade maior presteza na solução do caso e, portanto, maior segurança jurídica, uma vez que esta não ficará à mercê da Casa Legislativa para a elucidação de seus problemas.

O Neoconstitucionalismo baseado nos seguintes fundamentos: a) adoção de uma noção específica de Constituição; b) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto de princípios; c) a adoção de uma técnica interpretativa denominada ponderação ou balanceamento;

d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito (DIMOULIS, 2008, p. 435).

A existência deste mecanismo amplia a utilização da Constituição como um sistema de interpretação aberta, conferindo ao aplicador do direito a possibilidade de alcançar uma interpretação que até então inexistia, deixando de aguardar pela lenta possibilidade de mutabilidade formal pelo legislativo e determinar a decisão que melhor aproveite à sociedade.

Entretanto, quando analisa-se a aplicação da teoria da *disregard doctrine*, visualiza-se que tais princípios não eram aplicados aos casos concretos.

Apesar deste diálogo com a Constituição Federal e qualquer outra codificação, em relação a seus princípios, ser algo de extrema valia, os Tribunais marginalizaram a aplicação do essencial exercício do contraditório e da ampla defesa, permeando-se de decisões que abatiam sobre a pessoa jurídica, a desconsideração, e sobre os sócios, a situação de não proteção por simples petição indicativa das presença dos requisitos do artigo 50 do Código Civil.

A situação de excesso, de verdadeira arbitrariedade originava-se na inaplicabilidade de simples decisão interlocutória que determinasse que a pessoa jurídica se defendesse quanto ao circunstanciado na petição da parte contrária.

A própria vinculação de um procedimento no novo Código de Processo Civil para a desconsideração da pessoa jurídica já demonstra os excessos cometidos anteriormente.

Não é outro o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho. Textualmente:

Conforme demonstrado, anteriormente, a desconsideração da personalidade jurídica, para comprometimento de patrimônio de sócio, somente é admissível como medida de coibição de fraudes, perpetradas através da manipulação do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.

Conclui-se, portanto, que a responsabilização de sócio por obrigação da sociedade, em virtude da desconsideração da personalidade jurídica própria desta, somente é jurídica, quando resulta de sentença judicial condenatória, proferida em ação de conhecimento de que é parte ou litisconsorte passivo o sócio.

Simple despachos, em processos de execução movidos contra a sociedade, determinando a penhora de bens dos sócios importam flagrante desobediência ao direito constitucional e ao devido processo legal.”

[...] Ao direito constitucional ao devido processo legal, de que é titular o sócio da sociedade limitada, corresponde o dever do credor social de promover a prévia ação de conhecimento, citá-lo, provar o pressuposto da aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica (fraude ou abuso de direito), obter sentença condenatória transitada em julgado para, somente depois, postular a penhora dos bens do patrimônio do membro da pessoa jurídica (COELHO, 2004).

O distinto comercialista arremata com precisão absoluta:

A descon sideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado (COELHO, 2004).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, desde 2002, vinha tratando a aplicação da *disregard doctrine*, de acordo com o garantismo da ampla defesa ao expor em seu julgado o seguinte:

[...]

9. A descon sideração da pessoa jurídica é medida excepcional que só pode ser decretada após o devido processo legal, o que torna a sua ocorrência em sede liminar, mesmo de forma implícita, passível de anulação.

10. Agravo regimental provido. Recurso especial provido, para cassar os efeitos da indisponibilidade e do seqüestro dos bens do recorrente.¹

Até a codificação processual civil de 2002, o que se apresentava era um simples pedido, por intermédio de petição, que rompia com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, perpetrando aos sócios uma decisão, muitas vezes, injusta, em decorrência de um pedido, em que permaneceriam à sorte de seu opositor através de alegações, muitas vezes infundadas.

A dificuldade do exercício destes princípios constitucionais também é tema do magistério de Humberto Theodoro Júnior:

[...] Somente após a descon sideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis. O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados a posteriori, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau

¹ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 422.583 - PR (2002/0035457-5). Min. Rel. JOSÉ DELGADO, j. 20/06/2002.

de recurso, obviamente, não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal. Suprindo a lacuna processual, o novo Código cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório e ampla defesa (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 397).

Ao não prever um procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Processo Civil de 1973 entregava aos diversos entendimentos de sobremaneira aplicação principiológica errônea, a frustração do exercício da Teoria da Pessoa Jurídica, prejudicando não só os sócios, mas também toda a sociedade pela insegurança jurídica que permeava o feixe de contratos da empresa, colocando em risco todos os parceiros da atividade empresária.

2.2.2 O poder (dever) geral de colaboração na produção da prova no pedido de desconsideração

O novo Código de Processo Civil traz um novo sistema divisório de seus institutos, o que deixa a codificação de 1973 em um patamar deveras ultrapassado, pois a atual sistemática de distribuição de temas incorpora maior facilidade para o entendimento da matéria.

Apesar de não ser inédita tal divisão, tendo em vista que se lembra do que há em relação ao Código Penal, por exemplo, a sistemática de criar uma parte geral e uma parte especial enriquece o debate sobre a aplicação dos institutos presentes na parte geral, o que determina, sem muitas discussões a sua aplicabilidade, por exemplo, sobre os procedimentos especiais, quando inexistir regra especial.

Portanto, ao afirmar que os regramentos da parte geral serão aplicados sobre os outros procedimentos, tem-se que as Normas Fundamentais do Processo Civil, constantes do Capítulo I, Título Único, do Livro I do Código de Processo Civil serão diretrizes principiológicas para aplicação sobre os casos concretos que se inserem na vida jurídica.

De curial importância o que consta dos artigos 5º a 9º do Código de Processo Civil.

O primeiro artigo² trata que todos que participam do processo, ou seja, as partes, testemunhas, os auxiliares do juiz, como este próprio, devem se portar de acordo com a boa-fé.

² Art. 5º CPC. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Sem dúvida, que no processo civil moderno a ideia de boa-fé está ligada à diminuição de arestas entre as partes, bem como no necessário cuidado que há de ter no trato com o momento do julgador decidir sobre uma das partes.

A boa-fé é elevada a patamar de cuidado e esmero na aplicação da justiça, rompendo a ideia de simples lisura e ética no trato entre as partes, conforme os artigos posteriores corroboram.

O crescente desta argumentação continua quando se interpreta o artigo seguinte³, em que a decisão judicial deve ser justa e efetiva, por intermédio não apenas da prossecução, da busca pela tutela jurisdicional pelo Estado-juiz, mas que esta decisão judicial passa a ser também de responsabilidade das partes e de todos os envolvidos no processo, de forma a dividir tal responsabilidade com o juiz.

Esta cooperação que deve existir entre as partes aborda a necessidade de que estas sejam ouvidas e, que a decisão judicial seja prolatada após o pronunciamento dos interessados em relação ao processo, ou seja, que as partes sejam ouvidas como grau de zelo e justa composição da decisão judicial.

Se o objetivo do Código de Processo Civil é a cooperação entre os sujeitos do processo, estes devem ter “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais”⁴ e, dentre outras regras de isonomia, incorpora-se também a dos meios de defesa, o que leva a norma a enfatizá-la quando prescreve que o juiz deverá “zelar pelo efetivo contraditório”.

Ora, hodiernamente, uma decisão judicial justa e eficaz passa pelo contraditório, segundo depreende-se da argumentação realizada até o momento, consubstanciando que uma decisão justa prolatada tão somente pela oitiva de uma das partes passa a ser cada vez mais exceção à regra clara e vistosa da essencialidade do contraditório entre as partes.

Daí, o artigo 9º, *caput*, da novel codificação processual exigir esta conduta do julgador.⁵

O parágrafo único do artigo citado acima estipula os casos em que serão prolatadas as decisões sem o pronunciamento da parte

³ Art. 6º CPC. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁴ Art. 7º CPC. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁵ Art. 9º CPC. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

contrária e, por não constar a individualização do tema do presente artigo, deixa-se de apreciá-los.

Esta argumentação tem o escopo de demonstrar que os princípios da ampla defesa e do contraditório estão ainda mais privilegiados o que objetiva a colaboração das partes na produção da prova para que o resultado do processo (sentença) ou até mesmo da decisão interlocutória seja o mais próximo da verdade dos fatos.

O novo procedimento do incidente de descon sideração vem aproximar as partes deste dever, permeando a decisão do Magistrado com maior segurança jurídica, pois com a participação de todos os interessados, ter-se-á maior probabilidade de que a decisão seja coroada de êxito, atendida a diretriz de que a decisão judicial deve ser justa e eficaz.

Esta característica instrumental dos princípios do contraditório e da ampla defesa garante o julgador da possibilidade de exercer, efetivamente, o Direito Fundamental Processual, que não está arrimado apenas no direito à ação, mas também no direito à defesa.

Declarar que o poder à produção da prova constitui-se como verdadeiro dever é derivado desta nova sistemática do diploma processual civil, que impõe o exercício do contraditório, expondo que o entendimento com que a *disregard doctrine* vinha sendo utilizada até então teria tão somente um resultado: prostrar-se no passado, diante de uma nova diretriz principiológica a ser perseguida tanto pelas partes quanto pelo julgador.

Por isso argumentou-se no início deste tópico sobre o acerto do legislador em dividir o Código de Processo Civil em parte geral e parte especial, pois o fim aqui proposto é o de que o julgador tenha sempre como objetivo almejar a decisão mais efetiva possível com a abertura de prazo para manifestação pela parte, quando intentado a fazê-lo para o atingimento máximo que uma decisão judicial pode auferir: ser justa, representar a justiça da forma mais próxima possível, minando a base para recursos decorrentes de decisões de exceção.

Entretanto, alguns autores defendem que, em matéria tributária, o incidente de descon sideração do Código não trouxe avanços, conforme análise que se fará adiante.

2.2.3 O procedimento regulado pelo atual Código de Processo Civil

A descon sideração da personalidade jurídica foi içada à categoria de intervenção de terceiros, certamente em face do que já exposto no

presente trabalho quanto ao fato de que a pessoa jurídica, assim como a pessoa natural (ou pessoa física), enquanto sujeitos de direito, são realidades jurídicas.

A sociedade empresária possui personalidade jurídica própria, distinta da personalidade dos seus sócios. Como consequência dessa distinção, tem-se a separação na titularidade obrigacional e na titularidade processual, o que consagra a autonomia patrimonial do instituto (COELHO, 2004, p. 16).

Considera-se, por isso, interessante trazer estes fatores para fundamentar o que se afirmou anteriormente, uma vez que as reformas legislativas com a finalidade de incluir determinada norma-regra já prevista através de regras já existentes estruturadas em princípios, viabiliza um sistema mais seguro e célere na interpretação da lei, o que acontece com a presença do incidente de descon sideração no Código de Processo Civil.

Quando Tavares (2007, p. 100) invoca a interpretação evolutiva ou a mutabilidade informal da Constituição Federal, enfrenta algo que parece não condizer com o costume legislativo brasileiro, acostumado a legislar para que determinada interpretação legal seja realmente *exercitável* na aplicação da lei ao caso concreto.

Com a descrição do procedimento, apresenta-se o que esperado quanto ao seu desenrolar, quanto à busca do contraditório e uma decisão interlocutória mais acertada para o caso concreto, pois diante da abertura de prazo à outra parte para sua manifestação, dará ensejo à possibilidade de aplicação e produção da finalidade propalada da prova: seu dever de colaboração e realização da ampla defesa.

Apesar de não ser a tônica do trabalho, inicia-se uma breve apresentação sobre o procedimento de incidente de descon sideração da personalidade jurídica.

O artigo 133 do Código de Processo Civil indica os legitimados ativos para intentar o mencionado incidente, sendo a parte interessada e o Ministério Público, quando intervir no processo.

O procedimento deverá ser utilizado “em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, ou seja, a dicção do artigo 134 possibilita que seja utilizado em quaisquer das fases dos procedimentos elencados, o que se inclui também aqueles de rito especial, tendo em vista o legislador ter feito menção a “processo de conhecimento”, que se divide em rito comum e rito especial.

O mesmo artigo, mas por intermédio de seus parágrafos, ocasiona a possibilidade de se perquirir a forma como o pedido de desconconsideração será realizado, isto é, caso o processo esteja em seu devido andamento, far-se-á através de incidente, o que deverá ser comunicado, imediatamente, ao cartório distribuidor (§1º), como também provocará a suspensão do feito (§3º). Entretanto, caso a petição inicial ainda não tenha sido distribuída, esta poderá abrigar o pedido de desconconsideração em seu texto (§2º), deixando, por motivos óbvios de suspender o trâmite do feito, uma vez que a parte contrária ofertará defesa em relação a este pedido por meio de contestação, ressaltando que independentemente da forma como se dará o pedido, a pessoa jurídica será citada para apresentar defesa no prazo de 15 dias (artigos 135 e 335, todos do Código de Processo Civil).

A decisão do pedido de desconconsideração será resolvido pela espécie de decisão judicial natural à escolha de cada procedimento adotado. Caso o pedido tenha se desenrolado por meio de incidente, será prolatada decisão interlocutória (artigo 136), enquanto se por constar do texto de petição inicial, por sentença.

Entretanto, os dois pontos nucleares do procedimento, constam dos artigos 133, § 1º e 134, §4º do Código de Processo Civil.

O parágrafo primeiro do artigo 133 determina que “O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”.

A previsão legal impõe a vinculação do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica às regras presentes nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, ou seja, o procedimento deve regular qualquer pedido referente à *disregard doctrine*, não importando qual o caso concreto que o determine. Lembre-se de que a presente intervenção de terceiros está contida na parte geral do Código, que causa a obrigatoriedade de sua observância em qualquer procedimento previsto no diploma processual civil, bem como sobre aqueles casos em que tal codificação tenha utilização subsidiária.

Notadamente, esta previsão vem estruturar os princípios do contraditório e da ampla defesa contidos nas diretrizes principiológicas constantes no Direito Fundamental Processual do Código.

O dispositivo legal pode transparecer ser excessiva, pois pode haver o entendimento de que a simples constatação deste incidente no diploma processual deve ser aplicado.

No entanto, diante do juízo de exceção existente até então quanto à aplicação da desconsideração, tal previsão vem a representar a máxima preeminência da norma e dos princípios já citados com reforço exegético destas normas, uma vez que a clara presença do texto legal prevendo esta obrigatoriedade pacifica qualquer interpretação que possa ter existido até então sobre a *disregard*.

Da mesma forma, o artigo 134, parágrafo quarto possui importância ímpar ao prever que “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”.

Nota-se que o preenchimento dos pressupostos da desconsideração não foi especificado no procedimento do incidente.

Esta não previsão possibilita a utilização dos requisitos do artigo 50 do Código Civil⁶, por exemplo. Mas também aqueles do Código de Defesa do Consumidor que são mais amplos e, portanto, de mais amplitude de utilização do instituto, nos termos do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Como tema deste trabalho, entende-se ainda pela aplicabilidade do incidente em relação à matéria tributária, preenchidos os pressupostos específicos do artigo 135 do Código Tributário Nacional⁸, apesar do trabalho ponderar entre as teses que permitem a desconsideração e outra que não a aceita.

3 VISÃO ESPECÍFICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA *VERSUS* A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O sujeito passivo pode ser denominado de contribuinte ou responsável (art. 121 do CTN), a depender do vínculo ao fato gerador. Essa vinculação é corolária do princípio da capacidade contributiva, ou

⁶ Art. 50 CC. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁷ Art. 28 CDC. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁸ Art. 135 CTN. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...]

seja, é vedado ao legislador infraconstitucional inserir no polo negativo da relação de obrigação tributária, como contribuinte (por exemplo, geralmente pessoa física para os impostos IRPF, ITR, IPVA, ITCMD, IPTU; e pessoa jurídica para os demais), alguém que não é partícipe do fato gerador da referida obrigação.

A Constituição da República outorga às pessoas políticas de direito público a competência para instituírem tributos apontando a materialidade específica para cada Ente Federativo. Por exemplo, a União poderá instituir impostos sobre produtos industrializados, renda, propriedade territorial rural etc.

Destarte, não há que se negar que o legislador infraconstitucional está preso em erigir como contribuinte do tributo aquele que revele capacidade contributiva pela participação, provocação ou produção de fatos tributáveis, extraindo proveito econômico de sua ação.

Já o responsável (terceiro) está no polo passivo da relação jurídico-tributária em decorrência de uma previsão legal, mesmo não sendo partícipe do fato gerador.

Como a pessoa jurídica possui personalidade própria, as relações jurídicas tributárias da sociedade não se confundem com as dos seus sócios (terceiros), ou seja, os tributos devidos pela primeira não são de responsabilidade dos seus sócios.

Essa regra, entretanto, não é absoluta. Em casos específicos pode haver a desconsideração da personalidade jurídica e, assim, a atribuição de direitos e obrigações aos sócios.

A doutrina e a jurisprudência, com a devida vênia, confundem a responsabilidade patrimonial atribuída aos gestores de pessoas jurídicas, consequência da desconsideração, com a responsabilidade tributária atribuída aos terceiros (sócios e gestores), nos termos dos arts. 134 e 135 do CTN, assunto que abordaremos doravante.

3.1 Responsabilidade tributária atribuída aos sócios e aos administradores de pessoas jurídicas previstas no Código Tributário Nacional

A Seção III do Capítulo V do CTN dispõe sobre a responsabilidade tributária. Importa-nos, em face do corte metodológico delimitador do objeto deste estudo, as hipóteses de responsabilidade de terceiros dispostas nos arts. 134, III, e 135, III. Segundo Aliomar Baleeiro (2003, p. 308), o art.

134 trata da responsabilidade subsidiária, enquanto o art. 135 determina uma responsabilidade plena, por meio da substituição tributária.

Iniciaremos nossa investigação pela prescrição do art. 134 do CTN⁹. *Ex vi* da referida prescrição, diante da impossibilidade do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, os terceiros seriam responsabilizados solidariamente.

Nota-se, de antemão, uma imprecisão terminológica em utilizar “solidariedade” quando existe o benefício de ordem.

Pela previsão do art. 134 do CTN, a exigência tributária incidiria inicialmente contra o contribuinte e, somente no caso de insucesso (por exemplo, em uma execução frustrada pela inexistência de bens da pessoa jurídica suficientes para garantir a dívida), a exigência tributária seria “redirecionada” para o responsável.

Dessa forma, apesar da prescrição da responsabilidade solidária, diante do benefício de ordem, entendemos que a responsabilidade sob exame é subsidiária.

Como consequência da subsidiariedade, não é indicada a formalização do crédito tributário diretamente contra o responsável porque a prova da impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação pelo contribuinte pressupõe o lançamento contra o devedor originário (contribuinte). Todavia, em alguns casos, mesmo antes do lançamento e da exigibilidade do crédito tributário, já é possível aferir a impossibilidade do cumprimento da obrigação pelo contribuinte em função de atos ou omissões praticados pelos terceiros designados no dispositivo legal. Deve o Fisco, nestes casos, providenciar o lançamento contra o contribuinte e o terceiro responsável, que responde apenas subsidiariamente pelo crédito tributário (AGUILERA, 2007, p. 128)

De qualquer sorte, as ações e indevidas omissões ocorrem em atuações com culpa¹⁰, sem intenção de produzir resultados, diferentemente dos atos dolosos praticados pelos terceiros, relacionados no art. 135 do CTN.

Dessa forma, se o administrador de uma empresa atuou com negligência (por exemplo, com desídia quando deixa de pagar, sem motivo justo, reiteradamente os tributos em dia), com imperícia ou imprudência

⁹ “Art. 134. Nos casos de **impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte**, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: ... **III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes**; ... Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório (grifos nossos)

¹⁰ No crime culposo, o agente não quer nem assume o risco de produzir o resultado, mas a ele dá causa, nos termos do art. 18, II, do Código Penal, por imprudência, negligência ou imperícia.

(aplicando todos os recursos da sociedade em ações de uma única empresa, que se encontra em alto risco), restará configurada a culpa.

Entretanto, como se trata de responsabilidade subjetiva, a culpa deverá ser comprovada pelo Fisco.

Relativamente ao art. 135 do CTN, vejamos sua dicção:

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Portanto, diferentemente do art. 134, pelo qual a responsabilidade é subsidiária, na hipótese do art. 135 a responsabilidade é pessoal, como nos ensina Sacha Calmon: “Em suma, o art. 135 retira a ‘solidariedade’ e a ‘subsidiariedade’ do art. 134. Aqui a responsabilidade se transfere inteiramente para os terceiros, liberando os seus dependentes e representados” (COELHO, 2000, p. 403)

Considerando essa interpretação, o terceiro substituiria o sujeito passivo originário, inexistindo, portanto, a solidariedade prevista no artigo 124¹¹ do Código Tributário Nacional.

De fato, se o administrador praticou atos contrários ao estatuto social de uma sociedade, deverá responder pessoalmente pela obrigação tributária advinda daqueles atos.

Por exemplo, quando comprovado que: o gestor subfaturou vendas; ordenou ao contador a escrituração de despesas lastreadas em notas fiscais “frias”; ou dissolveu irregularmente a sociedade, sem aviso prévio ao Fisco, contrariando as normas societárias e o estatuto social. Nesses casos, é flagrante a fraude praticada pelo administrador contra a sociedade, fato que justifica sua inclusão no polo passivo da relação jurídico-tributária.

Entretanto, a prescrição do art. 135 do CTN prevê a possibilidade de se ultrapassar a personalidade jurídica da sociedade¹², responsabilizando

¹¹ “Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.”

¹² Não se trata, como adiante demonstraremos, de desconsideração da personalidade jurídica.

a pessoa investida com poderes de administrador, sendo ou não sócio (na linguagem do CTN: diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado).

Para que isso ocorra, faz-se necessária a conduta dolosa¹³ do administrador, ou seja, que o mesmo pratique atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A “infração de lei, contrato social ou estatutos”, prescrita no *caput* do art. 135, significa infração à lei societária que regula a competência dos administradores de pessoas jurídicas. Em outras palavras, o administrador responde se descumprir a lei societária ou o disposto previsto no contrato social ou estatuto.

A lei referida no art. 135 do CTN é relativa a todo e qualquer enunciado prescritivo relacionado ao funcionamento das atividades da pessoa jurídica, podendo ser uma lei comercial, civil ou tributária, mas, se entendermos infração à lei como qualquer ato que vá de encontro às prescrições normativas, estaríamos transformando a responsabilidade tributária dos administradores em regra e não à exceção à responsabilidade da pessoa jurídica (ARAÚJO, 2010, p. 743)

No que tange à responsabilidade objetiva ou subjetiva, a tese da expressiva maioria da doutrina dispõe que a responsabilidade pessoal das pessoas indicadas nos incisos do art. 135 do CTN somente se atribui mediante a comprovação de práticas fraudulentas por parte dos administradores da sociedade com vistas à evasão fiscal.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que se pronunciou a respeito da matéria, julgou favorável a responsabilidade subjetiva, necessitando, entretanto, a prova do ato doloso. Em acórdão da lavra do Min. Leitão de Abreu está explicitado que:

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. OS BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS, UMA VEZ INTEGRALIZADO O CAPITAL, NÃO RESPONDEM POR DÍVIDA FISCAL DA SOCIEDADE, SALVO SE O SÓCIO PRATICOU ATO COM EXCESSO DE PODERES OU INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTOS¹⁴.

¹³ Entendemos que o administrador que pratica ato doloso responde nos termos do art. 135 do CTN. Alguns autores entendem que tal aplicabilidade pode ocorrer em face de atos dolosos e culposos, cf. ROCHA, João Luiz Coelho da. A Responsabilidade Tributária Prevista no art. 135 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo. n. 60, p 86-91, set. de 2000. p. 91.

¹⁴ RE nº 85.241/SP, 2ª Turma, Unânime, julg. 22.11.1977, DJ 24.02.1978

A jurisprudência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ratifica a necessidade de comprovar o ato ilícito praticado pelos administradores. Nesse sentido, trazemos à baila trecho de decisão que serviu de paradigma para todas as outras que a sucederam:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES.

1. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. **A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA IMPOSTA POR SÓCIO-GERENTE, ADMINISTRADOR, DIRETOR OU EQUIVALENTE SÓ SE CARACTERIZA QUANDO HÁ DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE OU SE COMPROVA INFRAÇÃO À LEI PRATICADA PELO DIRIGENTE.**

2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).

3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN.

4. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Embargos de Divergência rejeitados (grifo nosso).¹⁵

¹⁵ Resp n.º 174532. Rel. Min. José Delgado, primeira seção, DJ 20.08.2001.

Portanto, a jurisprudência prevê como exemplo de infração à lei, nos moldes do art. 135 do CTN, a dissolução irregular de uma sociedade, assunto que estudaremos doravante.

3.2 Dissolução irregular

A dissolução de uma sociedade deve preceder a uma série de procedimentos (Seção VI do Código Civil), que muitas vezes não são observados.

Constata-se que a burocracia para liquidar uma empresa (concluir a dissolução) no Brasil é muitas vezes maior que para abri-la.

A terminologia “dissolução de sociedade”, utilizada pela doutrina e pela jurisprudência para descrever o encerramento da atividade empresarial, é ambígua. Ora possui a acepção de procedimento como sequência de atos que culminam na extinção da sociedade ou ora a do próprio fato jurídico apto a desencadear o referido procedimento¹⁶.

Nos termos do art. 51 do Código Civil¹⁷, restou consagrada a acepção de que a dissolução da sociedade apenas desencadeia o procedimento que culmina com a liquidação, exteriorizada pelo cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

Ocorre a dissolução regular¹⁸ quando a sequência de atos necessária para liquidar a sociedade é realizada de acordo com a legislação de regência, por exemplo, abrangendo elaboração do inventário e do balanço patrimonial da sociedade, pagamento do passivo, divisão do saldo remanescente entre os sócios, baixa da inscrição na Junta Comercial e nos órgãos fazendários competentes etc.

Na prática, entretanto, a maioria das sociedades não são dissolvidas regularmente, principalmente por restarem impossibilitadas de quitar suas dívidas. Não raro, a sociedade está insolvente e o seu patrimônio líquido é negativo.

¹⁶ Cf. PEIXOTO, Daniel Monteiro. Dissolução de sociedades e a responsabilidade tributária no contexto de regras de direito tributário e de direito societário. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, VI, São Paulo. **Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual**. São Paulo: Noeses, 2009. p. 247-279. p. 250.

¹⁷ Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua.

§ 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.

§ 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado.

§ 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.

¹⁸ Os arts. 1033 a 1038 do CC dispõem sobre os deveres legais para dissolução regular da sociedade.

Assim, muitas vezes os estabelecimentos são fechados sem qualquer procedimento visando à regular dissolução da sociedade, fato que configura violação à lei societária e, conseqüentemente, dissolução irregular da sociedade a ensejar a responsabilização do administrador com base no art. 135 do CTN.

Nesse sentido, trazemos à baila decisão proferida no STJ:

PROCESSOCIVILETRIBUTÁRIO–EXECUÇÃOFISCAL
– REDIRECIONAMENTO – SOCIEDADE LIMITADA.

1. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de estabelecer, na interpretação do art. 135 do CTN, as seguintes regras: a) é possível o redirecionamento da execução **ao sócio**, quando não encontrada a pessoa jurídica ou bens do seu patrimônio para garantia;

b) extinta a sociedade regularmente, para responsabilizar o sócio deve o exequente provar que ele agiu com excesso de poder ou infringiu a lei;

c) se a sociedade se extingue de forma irregular, o ônus da prova para eximir o sócio da responsabilidade cabe a ele e não ao exequente, havendo, assim, inversão do ônus da prova.

2. Empresa que se extinguiu irregularmente, sem deixar bens para garantir os débitos e sem que o sócio fizesse a prova da sua inocência.

3. Recurso especial provido.

(REsp 835068/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 03/10/2006, p. 200) (g. n.)

Evidentemente uma empresa não pode funcionar com regularidade se o endereço da sua sede não se encontra atualizado na Junta Comercial e no órgão competente da Administração Tributária. Por sinal, o art. 127 do CTN impõe ao sujeito passivo o dever instrumental de informar ao Fisco o seu domicílio tributário¹⁹.

Ficou cristalino, portanto, que o encerramento (dissolução) irregular de uma pessoa jurídica é infração à lei, fato prescrito no art. 135, III, do CTN, que desencadeia a imputação da responsabilidade pessoal ao sócio. Já a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto diferente, que enseja responsabilidade solidária.

¹⁹ Segundo Zenildo Bodnar, na Espanha, há hipótese de responsabilidade específica para o caso de dissolução irregular. Ver: BODNAR, Zenildo. **Responsabilidade Tributária do Sócio-Administrador**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 131.

Decisões proferidas no âmbito do STJ ratificam esse entendimento, restando presumida a dissolução irregular quando o oficial de justiça atesta que a empresa não mais existe no endereço indicado, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. PRECEDENTES.

- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a certidão do oficial de justiça de que a empresa não funciona mais no endereço indicado é indício suficiente de dissolução irregular de suas atividades, o que autoriza o redirecionamento da execução ao sócio-gerente, a este competindo, se for de sua vontade, comprovar não ter agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder, ou ainda, não ter havido dissolução irregular da empresa.

Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1365062/PR, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 09/08/2011).

A questão atualmente encontra-se sumulada, pelo STJ:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010).

A presunção da dissolução irregular, entretanto, não é absoluta. Poderá ser elidida, por exemplo, quando a pessoa física que tenha sido administradora comprove que não possuía essa condição no tempo da administração; ou comprove que tenha tomado todas as medidas previstas na legislação societária, mas a dissolução ocorreu de forma irregular por motivo alheio à sua atuação (PEIXOTO, 2008, p. 279).

Ipsa facto, o ônus da provar fatos para se livrar da responsabilidade imposta ao administrador pelos créditos tributários, originalmente exigidos da sociedade dissolvida irregularmente, nos termos da Súmula 435 do STJ, será do mencionado administrador.

Tais fatos, repetimos, configuram dissolução irregular e não a desconsideração da personalidade jurídica.

3.3 Aplicabilidade da desconconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário

Com o advento do Código Civil de 2002, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica foi consolidada como regra de conduta a ser observada nos diversos ramos do Direito²⁰.

Eis a dicção do art. 50 do CC:

Art. 50. Em caso de **abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial**, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica (g. n.).

Ex vi do mencionado dispositivo, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, desde que configurem abuso de personalidade, pode ensejar a desconconsideração da personalidade jurídica.

A finalidade da mencionada teoria, portanto, é coibir a prática de fraude ou abuso de direito perpetrados pelos sócios da pessoa jurídica sob a égide da autonomia patrimonial.

Ressaltamos que o mero sócio quotista não participa da gestão da sociedade e, por conseguinte, não abusa da personalidade jurídica, não devendo ser responsabilizado pela dívida da pessoa jurídica (ALMEIDA, 2000, p. 183).

Fábio Ulhoa Coelho, tratando da desconconsideração, distingue a teoria objetiva da subjetiva. O emprego desta decorre do uso fraudulento ou abusivo da personalidade jurídica, cujas intenções dos sócios precisam ser provadas, de modo a caracterizar o dolo ou a culpa. Já na desconconsideração objetiva, não se questiona se houve fraude ou abuso de direito, mas se há, por exemplo, confusão patrimonial entre a sociedade e os sócios. Se existem provas de que a sociedade paga dívida dos sócios ou vice-versa, sem distinção patrimonial, cabe a aplicação da desconconsideração, inclusive na modalidade inversa, que afasta a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la pela obrigação do sócio (2008, p. 35).

Helena Taveira Tôres também contribuiu para a teoria:

A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica possui duas funções, quais sejam: uma função substantiva e uma

²⁰ Entendemos que o Direito é uno, sendo a divisão nos seus diversos ramos meramente didática.

função instrumental. Uma *função substantiva*, quando ela é utilizada diretamente como meio sancionatório.

[...]

uma *função instrumental* da desconsideração de atos e negócios, quando serve de meio para alcançar diretamente aos sócios, visando a aplicar-lhes sanções de ordem administrativa ou penal, ou mesmo atribuir-lhes o cumprimento de ordem judicial, com responsabilidade patrimonial e pessoal em todos os casos (TÓRRES, 2005, p. 45).

Reportando-nos ao nosso enfoque temático, os sócios de uma sociedade empresarial, quando se desviam do seu objeto social sob o manto da personalidade jurídica, misturando o patrimônio desta com seus patrimônios pessoais, incorrem em ilicitude a justificar a desconsideração da personalidade da sociedade, nos termos do art. 50 do CC.

Muitos autores (MELO, 2004, p. 166), entretanto, afirmam que a previsão do art. 50 do CC não tem aplicabilidade no Direito Tributário. Como Código Civil tem *status* de lei ordinária, não seria pertinente sua aplicação na seara tributária, já que a Constituição, no seu art. 146, III, “b”, exige lei complementar para tratar de obrigação tributária (MELO, 2004, p. 166).

Pensamos diferente. Cabe à lei complementar - LC, *in casu* ao Código Tributário Nacional, que tem *status* de LC, conforme determina o Texto Constitucional, estabelecer normas gerais para dirimir conflitos em matéria de legislação tributária e regular os limites do poder de tributar, podendo a lei ordinária criar conceitos de acordo com a realidade obrigacional, desde que não haja conflito com as mencionadas normas gerais (BERNARDES, 2009, p. 464).

Defendemos, portanto, a corrente dicotômica, que prestigia o princípio federativo ao preconizar que a lei complementar deve dispor sobre normas gerais em matéria tributária, as quais, por sua vez, vão dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações ao poder de tributar²¹.

Importa destacar a defesa da tese de Alexandre Alberto Teodoro da Silva, que defende a aplicabilidade da teoria da desconsideração

²¹ Lembramos que também existe a corrente doutrinária tricotômica, que sustenta “que à lei complementar compete dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, tese que parece vir reforçada pela literalidade do art. 146, CF.” Vide: COSTA, Helena Regina. **Código Nacional Comentado**: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

da personalidade jurídica no Direito Tributário porque ela se coloca como importante ponto de apoio na repressão de condutas evasivas. Para o mencionado autor, o art. 50 do CC pode ser aplicado na seara tributária, pois o mencionado “diploma não somente acolhe regras de direito privado como também encerra regras de Teoria Geral do Direito, permitindo aplicação subsidiária a outros campos do Direito”(SILVA, 2007, p. 232).

Portanto, o art. 50 do CC não conflita com disposição expressa da legislação tributária e é importante para a interpretação sistemática no âmbito tributário. O mesmo entendimento vale para o restante da legislação civil e comercial, da qual destacamos a Lei das Sociedades Anônimas²².

3.4 A desconsideração da personalidade jurídica e sua distinção com a responsabilidade atribuída aos sócios e aos administradores

Ultrapassado o questionamento quanto à aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário, faz-se mister esclarecer que a hipótese do art. 50 do CC não se confunde com as atribuições de responsabilidade tributária dispostas nos arts. 134 e 135 do CTN.

Por exemplo, enquanto a desconsideração só pode ser obtida na via judicial, a responsabilidade prevista nos arts. 134 e 135 do CTN pode ser exercida pela autoridade administrativa na ocasião do lançamento tributário, antes, portanto, de qualquer provimento judicial.

Ademais, conforme a previsão do art. 50 do CC, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser efetivada para a satisfação dos créditos inadimplidos, sendo negada a responsabilidade subsidiária ao sócio. Portanto, diferentemente da previsão do art. 135 do CTN – onde a responsabilidade pelo crédito tributário passa a ser do administrador infrator -, na mencionada desconsideração não há qualquer benefício de ordem (BUENO, 2011, p. 238).

Dessa forma, as consequências também são diferentes. Diante da determinação judicial de desconsideração da personalidade jurídica, os sócios e administradores respondem pelos tributos da pessoa jurídica de forma solidária, sem qualquer benefício de ordem, nos

²² Cf. o art. 4º, § 2º da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80), que dispõe: “À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.”

termos do art. 124, parágrafo único do CTN. Entretanto, a atribuição de responsabilidade tributária da pessoa jurídica aos seus sócios e administradores obedecerá aos limites previstos nos arts 134 e 135 do CTN, conforme análise anterior.

3.5 Impossibilidade da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária por meio do parágrafo único do art. 116 do CTN

Com o advento da Lei Complementar n° 104, de 10 de janeiro de 2001, foi introduzido o parágrafo único ao art. 116 do CTN, nos seguintes termos:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Frise-se que o art. 50 do CC não se confunde com o parágrafo único do art. 116 do CTN, já que no CTN a autoridade administrativa, e não a autoridade judicial, poderá promover a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato jurídico tributário ou a natureza de elementos inerentes à obrigação tributária.

Portanto, o dispositivo prescritivo sugere que, no próprio lançamento do crédito tributário, a autoridade administrativa, desde que comprove, possa desconsiderar atos ou negócios ilícitos, praticados com dolo. Tal dispositivo, entretanto, ainda não foi regulamentado por lei ordinária, como prevê o referido parágrafo único, o que torna sua eficácia contida²³ enquanto os procedimentos não estiverem prescritos na lei²⁴.

²³ Segundo José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. Vide: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 115.

²⁴ Roque Carrazza defende a inaplicabilidade do parágrafo único do art. 116 do CTN antes da publicação da sua regulamentação por lei ordinária. Vide: CARRAZZA, Roque Antônio. **Reflexões sobre a obrigação tributária**. São Paulo: Noeses, 2010. p. 254.

3.6 Adequação (ou não) do pedido, em matéria tributária, frente ao incidente previsto no atual CPC

O que converge do prelecionado possui arrimo quanto ao caso concreto a utilizar-se do incidente de desconsideração ou não, conforme exposto no item referente ao estudo sobre a dissolução irregular.

Caso seja de alegação da dissolução irregular, tem-se a aplicação do artigo 135 do Código Tributário Nacional e a ocorrência da substituição, por si só.

Entretanto, a utilização do incidente de desconsideração pode ocorrer naqueles casos, em que se aplica o artigo 50 do Código Civil.

Deveras, em matéria tributária, poderá haver a necessidade por parte da administração fazendária em exigir a busca de uma solução além daquela constante do artigo 135 do Código Tributário Nacional, quando então se utilizará do artigo 50 do Código Civil, que possui outros núcleos de exigência da *disregard doctrine*, consubstanciando até mesmo em tratamento diferenciado aos sócios do que aquele lecionado quando da análise de abrangência ao sócio-administrador e a responsabilidade subsidiária da aplicação do artigo 135 do CTN.

Portanto, em caso de encerramento (dissolução) irregular de uma pessoa jurídica é infração à lei, fato prescrito no art. 135, III, do CTN, que desencadeia a imputação da responsabilidade pessoal ao sócio. Já a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto diferente, que enseja responsabilidade solidária.

Por outro lado, há o entendimento, inclusive por parte do Superior Tribunal de Justiça^{25 26 27}, de que os casos abarcados pelo artigo 135 do Código Tributário Nacional são casos de desconsideração da personalidade jurídica.

A transposição da pessoa jurídica para a responsabilização de seu sócio-administrador pelos artigos 116 c.c. 135 do CTN gera a mesma desconsideração pensada em relação à *disregard doctrine*.

O meio empregado para sua fundamentação, bem como o intento pelo qual se alcança a responsabilização do sócio-gerente se dá nos mesmos moldes da teoria da desconsideração da personalidade

²⁵ REsp 1.473.929/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.10.2014, DJe 29.10.2014.

²⁶ REsp. 621.953/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maria Filho, Primeira Turma, julgado em 03.11.2015, DJe 16.11.2015.

²⁷ REsp. 1479929/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23.10.2014, DJe. 27.11.2014.

jurídica, designando-a como *substituição* do polo ou até mesmo de *redirecionamento* da ação competente.

Essa miscelânea de termos designativos converge para julgamentos que abordam a utilização da teoria da desconsideração, como se pode comprovar a seguir:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SÓCIO CONTRA O QUAL NÃO SE COMPROVOU INDÍCIO DE GESTÃO FRAUDULENTA. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.101.728/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa. 2. A desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei. 3. O indício de dissolução irregular da sociedade não é, por si só, apto a ensejar a responsabilidade pessoal dos sócios, pois a aplicação do art. 50 do CC depende da verificação de que a personalidade jurídica esteja sendo utilizada com abuso de direito ou fraude nos negócios e atos jurídicos. Agravo regimental improvido. (REsp 1.473.929/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21.10.2014, DJe 29.10.2014.)

No corpo da decisão citada, o Relator, Ministro Humberto Martins enfatiza da seguinte forma:

Assim, a desconsideração da personalidade jurídica, com a consequente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei.

Entendendo pela aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, abre-se outra perspectiva pela análise do artigo 15 do novo Código de Processo Civil, já que os processos administrativos e

judiciais tributários não dispõem de procedimento que vincule a aplicação da teoria da *disregard doctrine*.

O mencionado artigo do diploma processual civil dispõe o seguinte:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Portanto, a aplicação do incidente previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil são aplicáveis quando da incidência dos núcleos contidos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, isto é, em relação aos atos praticados com excesso de poderes, infração legal, de contrato social ou de estatutos.

Pensar a desconconsideração da personalidade jurídica se abstendo do procedimento traçado no diploma processual civil parece temerário, justamente pelo que já se firmou quando da análise em tópico sobre o juízo de exceção empregado até então nas análises sobre tais pedidos.

Outro ponto que merece ser focado é a previsão do artigo 134, §4º do Código de Processo Civil, em que dispõe que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica”.

Tal disposição sinaliza que o presente incidente deve ser aplicado sobre outras áreas, que não somente a civil e os requisitos constantes do artigo 50 do Código Civil, ou seja, cada legislação terá a imposição da prática do incidente previsto no processo civil.

Mas os elementos caracterizadores da desconconsideração serão aqueles específicos da área de previsão do direito, como firmado pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a desconconsideração da personalidade jurídica em relação ao artigo 135 do CTN e daí pensar até mesmo em relação ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, lógico em relações consumeristas.

CONCLUSÃO

O questionamento sobre a aplicabilidade ou não do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em matéria passa pela análise do conteúdo econômico existente no novo Código de Processo Civil.

Ao fundamentar esse tema por intermédio do artigo 170 da Constituição Federal, procura-se traçar se a ordem econômica está em consonância com a legislação processual civil ao tentar traçar um parâmetro

através dos núcleos inseridos no caput do artigo, a instituto tão sensível em nosso País e, que somente pelo novo procedimento traçado pelo diploma processual civil, pode aviventar os caminhos do julgador ao fundamentar sua decisão quanto à concessão da desconsideração ou não.

Nota-se que o conteúdo econômico está inserido justamente nesta previsão legal, em que a aplicação da *disregard doctrine* não será utilizada abstendo-se do enfrentamento do procedimento do incidente, o que vinha ocorrendo até então por inexistir qualquer procedimento apto a ser imposto à observância a zelar pela boa aplicação da desconsideração.

Conciliar estas necessidades ao novo diploma processual civil vem a ser a exigência de suplantar a Economia pelo Direito, em razão de todo o exposto, por existir uma doutrina econômica que merece ser contida, sob pena de que os hipossuficientes sejam excluídos do desenvolvimento econômico e social.

Os fatores econômicos estão presentes em uma infinidade de relações jurídicas que, posteriormente, serão tratadas por instrumentos existentes no novo Código de Processo Civil e pensar, um sistema capitalista, dito Capitalismo Humanista como doutrina econômica baseada no artigo 170 da Constituição Federal, confere o surgimento de novos tratamentos a institutos do diploma processual civil, bem como o surgimento de outros, que denotam que a Ordem Econômica Constitucional alicerçou um diploma processual convergente com os ditames do Humanismo.

Esse limite traçado, pelo Direito, ao poderio da Economia, faz pensar na proteção da própria economia frente à aplicação da teoria da desconsideração por verdadeiros juízos de exceção, em que as próprias empresas eram as grandes prejudicadas pela aplicação de uma teoria de forma marginal à finalidade pela qual fora instituída.

A baliza da *disregard doctrine*, desde sua origem, foi a de evitar os excessos cometidos em nome da pessoa jurídica para beneficiar única e exclusivamente os sócios que se locupletavam em detrimento do escudo legal que há entre estes e a pessoa jurídica.

Ao questionar a aplicação do incidente em matéria tributária, buscou-se questionar o poderio econômico do Estado frente a contribuintes fadados a uma série de interpretações quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária ou não.

Portanto, demonstrou-se que há três possibilidades de interpretações: uma que deriva o entendimento pela aplicação da *disregard* por intermédio do artigo 50 do Código Civil; por sua não aplicação frente

ao mandamento tributário contido, principalmente, nos artigos 116 c.c. 135 do Código Tributário Nacional, que determinam a possibilidade de substituição ou redirecionamento da ação em face do sócio-gerente; e, a que possibilitaria a utilização da desconsideração em âmbito tributário pelo artigo 135 do CTN, em virtude de decisões do Superior Tribunal de Justiça, que expressam o instituto da desconsideração na aplicação do mencionado artigo, ou seja, não pela presença dos requisitos essenciais do instituto pelo artigo 50 do CC, mas pelos requisitos presentes no *caput* do artigo 135 do CTN.

Pelos julgados pesquisados, as três teorias encontram guarida, sendo as duas primeiras de consenso pelo autor Antônio Machado Guedes Alcoforado e, a terceira, por Renato Maso Previde.

A proposta de resolução do questionamento apresentado mostra-se tanto pela aplicação do incidente para a desconsideração em matéria tributária quanto pela negativa em sua utilização, de acordo com a posição traçada por cada um dos autores.

Desta forma, pensa-se que a decisão por esta ou aquela teoria passará pelo intento almejado.

Em caso de aplicação da segunda teoria, pelo encerramento (dissolução) irregular de uma pessoa jurídica, tem-se infração à lei, fato prescrito no art. 135, III, do CTN, que desencadeia a imputação da responsabilidade pessoal ao sócio. Já, pela primeira e terceira teoria, a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto diferente, que enseja responsabilidade solidária, o que demandaria maior responsabilização, não somente do sócio-gerente, mas também dos demais sócios.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, M. L. **A responsabilidade de terceiros decorrente da prática de ilícitos e o lançamento de ofício:** o caso da responsabilidade pessoal dos administradores. *In*: FERRAGUT, M. R.; NEDER, M. V. (Coord.). Responsabilidade Tributária. São Paulo: Dialética, 2007.

ALMEIDA, A. P. **Execução de bens dos sócios:** obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, J. F. C. **Responsabilidade tributária dos sócios e administradores de pessoas jurídicas e a portaria PGFN nº 180/2010.** In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, VII, São Paulo. Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado. São Paulo: Noeses, 2010.

BALEEIRO, A. **Direito Tributário Brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BORGES, A. W. **Preâmbulo da constituição & a ordem econômica.** Curitiba: Juruá, 2004.

BODNAR, Z. **Responsabilidade tributária do sócio-administrador.** Curitiba: Juruá, 2005.

BUENO, C. S. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva.** v. 3, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil.** 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial.** São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, H. R. **Código Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência,** artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARRAZZA, R. A. **Reflexões sobre a obrigação tributária.** São Paulo: Noeses, 2010.

COELHO, S. Calmon Navarro. **Manual de direito tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIMOULIS, D.; DUARTE, E. O. **Teoria do direito neoconstitucional.** Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado.** Lisboa: Almedina, 1999.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LECLERCQ, C. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. ed. 09. Paris: Litec, 1995.

MELO, J. E. S. In: GRUPENMACHER, B. T. (corr.) **Direito tributário e o novo código civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

NAVARRETE, C. M. *El derecho nuevo de los grupos de empresas: entre libertad y norma*. Madri: IBIDEM.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo na constituição federal**. Processo civil, penal e administrativo. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REQUIÃO, R. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 410, p. 12-24, dez/1969.

ROCHA, J. L. C. **A responsabilidade tributária prevista no art. 135 do CTN**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo. n. 60, p 86-91, set. de 2000.

SALOMÃO FILHO, C. **Função social do contrato**: primeiras anotações. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, A. M. **Reflexões sobre a governança corporativa no Brasil**. São Paulo: Malheiros, RDM, abril-junho 2003, v. 130.

SERICK, R. *Forma e realtà della persana giuridica*. Milão: Giuffré, 1966.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, A. A. T. **Da descon sideração da personalidade jurídica no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SIMÃO FILHO, A. **A nova sociedade limitada**. Barueri/SP: Manole, 2004.

STAJN, R. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 01.

TÔRRES, H. T.; QUEIROZ, M. E. (Coord.). **Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: INTERCULTURALIDADE, PACHAMAMA E O BUEN VIVIR

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: INTERCULTURALITY, PACHAMAMA AND BUEN VIVIR

Juliano Ralo Monteiro *

Camila Bertoni Carneiro dos Santos **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Antecedentes históricos: A imposição da cultura da conquista exploratória, colonialismo e o eurocentrismo. 2 A modernidade e a lógica colonialista. 3 Em busca de novos paradigmas ambientais. 3.1 Nascimento do neoconstitucionalismo latino-americano: a ruptura com o modelo europeu, pluralismo e interculturalidade. 3.2 Natureza como sujeitos de direitos. 3.3 A *Pachamama* e o *buen vivir*. 3.4. O Direito dos povos indígenas. Conclusão. Referências.

RESUMO: Como uma possível resposta à crise ambiental apresenta-se na contemporaneidade o neoconstitucionalismo latino-americano, modelo que rompeu com o sistema cartesiano e trouxe o retorno da relação homem-natureza com a revalorização das culturas tradicionais dos povos indígenas. A presente investigação visa demonstrar a construção de um mundo ecologicamente equilibrado, intercultural, lastreado por elementos das cosmovisões dos povos indígenas latino-americanos, capazes de estabelecer a vida plena com toda forma de existência (*buen vivir*), inspirada na diversidade cultural e na harmonia do homem com a natureza (*Pachamama*). Será utilizada a metodologia indutiva, método qualitativo, baseada, em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Povos indígenas. Cultura. Neoconstitucionalismo. *Pachamama*. *Buen vivir*

ABSTRACT: *As a possible response to the environmental crisis, contemporary Latin American neoconstitutionalism is presented, a model that broke with the Cartesian system and brought the return of the human-nature relationship with the revaluation of traditional cultures of indigenous peoples. This research aims to demonstrate the construction of an ecologically balanced, intercultural world, backed by elements of the Latin American indigenous worldviews, capable of*

* Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto do Programa de Mestrado e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM; Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Contemporâneo na Amazônia pela FD-UFAM; Coordenador do Curso de Direito da Universidade Nilton Lins; Professor Adjunto da Faculdade Martha Falcão|Wyden. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Associado ao Instituto de Direito Privado. Associado ao Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Advogado.

** Mestra em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-Graduada em Direito pela Faculdade Damásio de Jesus/SP - campus São Paulo (FDJ). Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Especialista em Didática do Ensino Superior pela Universidade Nilton Lins/AM. Possui aperfeiçoamento e capacitação em Mediação e Conciliação pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo e pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. Graduada em Direito pela Universidade São Francisco. Atualmente é Professora, Pesquisadora e Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do Curso de Direito da Universidade Nilton Lins/AM. Advogada.

Artigo recebido em 08/11/2019 e aceito em 18/11/2019.

Como citar: MONTEIRO, Juliano Ralo; SANTOS, Camila Bertoni Carneiro dos. O novo constitucionalismo latino-americano: interculturalidade, *Pachamama* e o *buen vivir*. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 93-115. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

establishing a full life with every form of existence (buen vivir), inspired by the cultural diversity and harmony of the world. Man with nature (Pachamama). The inductive methodology will be used, qualitative method based on bibliographic research.

Keywords: *Indigenous peoples. Culture. Neoconstitutionalism. Pachamama. Buen vivir.*

INTRODUÇÃO

O paradigma para o desenvolvimento da sociedade moderna ocidental baseou-se no chamado *eurocentrismo*, tanto em termos culturais quanto em termos linguísticos e sociais. Esse modelo construído subjugou a natureza como um recurso ilimitado e à disposição do ser humano, seu senhor e possuidor, em clara visão antropocêntrica.

Todavia, manifesta-se na atualidade a necessidade de se buscar novos modelos aptos a transformarem essa situação insustentável e predadora. Um deles, objeto da presente investigação, diz respeito ao giro biocêntrico e a revalorização da cultura do *buen vivir* preservada na memória dos povos indígenas originários latino-americanos, em especial, no Equador.

A partir do *neoconstitucionalismo latino-americano* resgatam-se os elementos milenares das práticas sociais e das cosmovisões indígenas, marginalizados ao longo da história, para reconstruir uma sociedade mais igualitária, integrada e sustentável.

Procurar-se-á demonstrar a necessidade de ruptura com o paradigma antropocêntrico moderno ocidental, que havia seguido o caminho da exclusão tanto da natureza quanto dos povos indígenas, para abrir novas possibilidades de uma reaproximação, por meio de uma visão holística, do ser humano com natureza.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: A IMPOSIÇÃO DA CULTURA DA CONQUISTA EXPLORATÓRIA, COLONIALISMO E O EUROCENTRISMO

A crise ambiental que assola os tempos atuais demonstra de forma clara que o modelo da relação historicamente edificado entre seres humanos e natureza tornou-se altamente destrutivo e insustentável. Particularmente no que diz respeito à América Latina, a presente crise encontra suas razões no modelo colonizador português e espanhol de obtenção de lucro a qualquer custo.

A “conquista” da América foi estabelecida de forma exploratória, uma vez que os europeus vinham ao continente em busca de terras para povoar, ocupar seu espaço e apropriar-se das riquezas aqui encontradas. Tanto os portugueses, quanto os espanhóis, dizimaram as populações indígenas, impondo sua cultura, língua e religião. Não estavam preocupados com as questões ambientais e sociais que encontrariam no “Novo Mundo”.

O Tratado de Tordesilhas, de 07 de junho de 1494, foi celebrado entre o Reino de Portugal e a Coroa de Castela para fracionar as terras do “Novo Mundo”. O continente sul-americano foi dividido entre os dois países, sendo que a Espanha exploraria a parte oeste e Portugal, a parte leste, a contar da linha imaginária que demarcava 370 léguas (1.770 km) a oeste das ilhas de Cabo Verde.

A colonização levou a Espanha a fazer incursões no novo continente, dominando e destruindo sociedades indígenas, à procura de metais preciosos e se utilizava de sua mão de obra servil. Consolidaram sua dominação ao explorarem as rivalidades existentes entre os povos indígenas, realizando alianças com diversos povos indígenas menores, mas inimigos entre si. Assim, formou-se uma exploração que buscava otimizar o máximo possível o lucro em seus domínios coloniais, aniquilando a cultura local e impondo, doravante, sua língua, cultura e religião. Como bem apontou Maria Helena Guedes (2016, p. 43):

Considerar o elemento nativo como inferior foi o traço comum na colonização dos países ibéricos. Desrespeitaram e baniram a cultura local, provocando desaparecimento de muitas nações indígenas em nome da ‘civilização’ que o Ocidente trouxe como ‘legado’ que deveria ser incorporado às terras conquistadas. Em menos de cem anos, vitimaram-se três quartos da população americana.

Não obstante, como consequência da exploração intensa, os países latinos herdaram desse período um grande atraso socioeconômico e o uso pujante e irracional dos recursos ambientais que refletem em todos os problemas que assolam a contemporaneidade.

2 A MODERNIDADE E A LÓGICA COLONIALISTA

Com o início da ciência moderna, engendrada em bases epistemológicas, surge a supremacia da dominação do homem sobre a natureza, do colonizador sobre o colonizado, chegando à crise que se verifica na atualidade, altamente destrutiva e insustentável.

No processo de colonização valorizou-se o chamado *eurocentrismo*, ou seja, o enaltecimento do modelo Europeu, em termos culturais, linguísticos e sociais, que passariam a ser o paradigma para o desenvolvimento da sociedade moderna, “verdadeiro referencial mundial para todas as nações” (DUSSEL, 2016). Conforme ponderaram Antonio Carlos Wolkmer e Gabriela de Moraes Kyrillos (2015):

A presença do colonialismo epistemológico e do colonialismo jurídico foi algo marcante e elemento presente na construção das identidades dos novos Estados-nações que iriam emergir no continente americano.

É preciso olhar ao passado para entender como tudo chegou aos níveis atuais. A filosofia moderna encontra-se baseada nos postulados do racionalismo cartesiano¹. Isso se constata quando a comunidade científica adotou, como regra, o desprezo por conhecimentos obtidos que não sejam advindos de raciocínios lógico-dedutivos e mecanicistas. Daí se falar que a influência cartesiana trouxe, como pretensão científica, a necessidade de fragmentar o conhecimento.

De fato, o estudo segmentado, desenvolvido pelo pensamento cartesiano teve como método a decomposição do todo em pequenas partes, a fim de possibilitar o aprofundamento do estudo e do conhecimento. Trata-se de modo reducionista que levou, por exemplo, à secção das disciplinas acadêmicas. Dessa forma, o modelo incorporou-se à cultura ocidental como um *método científico*.

Com o fortalecimento desse pensamento, a natureza passa a ser um recurso à disposição do ser humano, seu senhor e possuidor. Desenvolve-se a compreensão do que veio a ser chamado de *antropocentrismo*, forma de pensamento que atribuiu ao ser humano uma posição de centralidade em relação a todo o universo. Trouxe como consequência a “centralidade indiscutível do ser humano e valoriza a natureza do ponto de vista instrumental” (ALMEIDA, 2009, p. 645).

Conforme José dos Santos Pereira Braga (1994, p. 254) pontuou, o “antropocentrismo iria consagrar a capacidade humana de dominar a Natureza que, agora dessacralizada, não mais possuída por deuses, pode ser tornada objeto e, como não possui alma, pode ser dividida e esquarterada”. Isto porque, segundo acrescenta o autor, “aos poucos foi construída a ideia de que a natureza é concebida como o oposto à cultura. Por haver

¹ A René Descartes (1596-1650), cujo nome latino era *Cartesius*, foi atribuído o *status* de “pai da filosofia moderna”. Suas principais obras foram *Discurso do Método* e *Meditações Metafísicas*.

conseguido controlar e dominar a Natureza, a cultura é tomada como algo superior” (BRAGA, 1994, p. 253).

Esse pensamento passou a ser refletido na seara jurídica, sempre desassociado da necessidade da integração do homem com a natureza. Por sua vez, o conhecimento se tornou tão artificial ao ponto do ser humano aceitar como tolerável a extrema depauperação da natureza e a insensibilidade para com os povos tradicionais americanos.

Acrescenta-se, ainda, que o pragmatismo-utilitarista do pensamento cartesiano não pode ser compreendido desvinculado do mercantilismo que se afirmou com a expansão do colonialista europeu. Nessa expansão houve a imposição do pensamento colonial com inúmeros ciclos de exploração das riquezas naturais na América. Trata-se da velha crença de que “o mundo natural constitui um recurso quase sempre ilimitado, susceptível de poder ser utilizado para os mais diversos fins humanos (agrícola, industrial, medicinal)” (ALMEIDA, 2009, p. 649).

Como bem disse Boaventura de Souza Santos (2009, p. 81) que o “colonialismo consiste na ignorância da reciprocidade e na incapacidade de conceber o outro a não ser como objeto”.

Na seara jurídica, o método cartesiano ratificou a lógica na teoria geral do direito de que os sujeitos claramente não podem ser confundidos com o objeto de seu estudo. A teoria geral do direito sempre distinguiu as pessoas das coisas. As pessoas, tratadas como sujeitos de direito e as coisas, como objeto de direito.

O pensamento cartesiano, reducionista, criou a dualidade sujeito-objeto, de maneira muitas vezes rigorosa e hermética e, portanto, falha, de modo que essa metodologia talvez não satisfaça mais à complexidade dos dias atuais. Na verdade, os dualismos (lícito/ilícito; direito público/direito privado) por apresentarem desmedida simplificação no mundo contemporâneo, complexo, descentralizado e dinâmico por excelência, estão sendo cada vez mais questionados².

² Conforme Felipe Peixoto Braga Netto: “De fato, porque demasiadamente simplificadores, os dualismos (lícito/ilícito; bem/mal; branco/negro; privado/público) sempre exerceram sedução sobre os teóricos do direito, uma vez que se bipartia uma realidade por vezes matizada em duas categorias opostas e irreduzíveis e, dessa forma, como que se resolvia tudo. Porém, tal saída parece estar, a cada dia, mais insustentável como solução teórica. A sociedade, avançando em velocidade espantosa, transpondo, em poucas décadas, barreiras culturais e tecnológicas que existiam há séculos, não mais se oferece como um objeto a ser asépticamente dividido em duas categorias opostas e conclusivas. É necessário que se reduza a abstração dos raciocínios, concretizando os argumentos, pois o excesso de conceitualismo, mormente na área jurídica, aliado ao conservadorismo inteligente dos juristas, tende a manter antigas e ultrapassadas categorias, com mudanças muitas vezes apenas cosméticas, quando a realidade já não

De fato, como sustenta Edgar Morin, reduzindo e substituindo a racionalidade (enquanto princípio do conhecimento científico) pela racionalização cartesiana, eliminando contradições, privilegiando dimensões, ignorando a presença ou interferência no próprio processo de conhecimento, o modelo cartesiano³ produziu um conhecimento limitado e mutilado. São suas palavras:

O pensamento mutilado não é inofensivo: cedo ou tarde, ele conduz a ações cegas, ignorantes do fato de que o que ele ignora age e reage sobre a realidade social, e também conduz a ações mutilantes que cortam, talham e retalham, deixando em carne viva o tecido social e o sofrimento humano. (MORIN, 1986, p. 119).

A razão cartesiana, segundo o pensamento do autor, impôs um paradigma, o de separar a razão da des-razão, sendo agora necessário reconectar tudo o que foi separado pela ciência cartesiana.

Portanto, vive-se na seara socioambiental e jurídica um “ponto de mutação” sendo necessária a desconstrução de paradigmas antigos em que o modelo reducionista e previamente “engessado” da teoria do conhecimento precisa ser revisto para se adequar a essa nova realidade. Conforme elucida Fritjof Capra (2000, p. 402-403):

A nova visão da realidade é uma visão ecológica num sentido que vai muito além das preocupações imediatas com a proteção ambiental. Para enfatizar esse significado mais profundo de ecologia, filósofos e cientistas começaram a fazer uma distinção entre ‘ecologia profunda’ e ‘ambientalismo superficial’. Enquanto o ambientalismo superficial se preocupa com o controle e a administração mais eficientes do meio ambiente natural em benefício do ‘homem’, o movimento da ecologia profunda exigirá mudanças radicais em nossa percepção do papel dos seres humanos no ecossistema planetário. Em suma, requer uma nova base filosófica e religiosa.

A história e a constatação dos fatos na contemporaneidade asseveram que o caminho até aqui trilhado, somado aos prognósticos

autoriza tão lento modificar (BRAGA NETTO, 1999).

³ Conforme já oportunamente se manifesto Eugênio Raul Zaffaroni: El planteamiento cartesiano es perfectamente coherente: los animales son cosas, no pueden ser penados ni existe ninguna obligación a su respecto, son apropiables, objetos del dominio humano, no les asisten ningún derecho ninguna limitación ética ni jurídica a su respecto. El humano es el señor absoluto de la naturaleza no humana y su misión progresista y racional consiste en dominarla (ZAFFARONI, 2012, p.7).

futuros da humanidade⁴, demonstram que as ciências sociais e jurídicas não podem ficar alheias a essas realidades. Está na hora de uma guinada científica, a fim de que haja maior reciprocidade e harmonia entre o homem e a natureza.

Vive-se na atualidade um momento de ruptura com os paradigmas tradicionais, de forma que a sociedade da informação tem como características marcantes o acúmulo de conhecimento pelos diversos atores sociais, além do acesso e transmissão de saberes de forma simples, rápida, fácil e fidedigna. A sociedade do conhecimento representa, portanto, uma nova etapa de desenvolvimento da civilização.

Esse acúmulo tem demonstrado novos caminhos para que o ser humano repactue sua história com a natureza, com seus valores e saberes tradicionais, utilizando-se de novos paradigmas, não mais em relação de dominação, mas de verdadeira sintropia e reciprocidade. Sintropia porque se faz necessário que o ser humano seja agente promotor para o equilíbrio e para o desenvolvimento da natureza. Reciprocidade porque, nas palavras de Michel Serres, implica a celebração de um contrato natural de simbiose e de reciprocidade em que a relação com as coisas “permitiria o domínio e a posse pela escuta admirativa, a reciprocidade, a contemplação e o respeito, em que o conhecimento não suporia já a propriedade, nem a ação o domínio, nem estes os seus resultados ou condições estercorárias. (SERRES, 1990, p. 65).

É necessário, portanto, o retorno da relação homem-natureza e a revalorização dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas o que se mostra possível encontrar quando a incorporação de elementos das cosmovisões dos povos indígenas latino-americanos, como o *buen vivir* (*sumak kawsay*) e a proteção à *Pachamama*.

3 EM BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS SOCIOAMBIENTAIS

Diante do pluralismo jurídico, de cunho democrático e participativo, fala-se em um repensar das diversas formas de legitimidade posto que embasadas no surgimento de novos sujeitos de direitos, bem como da busca das reais necessidades humanas.

⁴ Em recente afirmação, o físico Stephen Hawking foi incisivo: “o tempo da Terra está se acabando e, se for para a humanidade sobreviver às mudanças climáticas, colisões de asteroides, epidemias e crescimento populacional desordenado será preciso deixar o planeta e aventurar-se mais longe no Universo”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/vamos-precisar-deixar-terra-em-100-anos-diz-stephen-hawking-21288410#ixzz4paUOzthX>. Acesso em: 01 de agosto de 2007.

Sobretudo quando diante de valores ecológicos, a cultura humana não pode ser considerada imutável e monolítica, isenta de críticas ou reformulações que sejam necessárias para acompanhar o novo desenvolvimento sócio-econômico-ambiental que se espera para os próximos anos.

Para Roque de Barros Laraia (2001, p. 52):

O homem é o resultado do meio cultural em que foi socializado. Ele é um herdeiro de um longo processo acumulativo, que reflete o conhecimento e a experiência adquirida pelas numerosas gerações que o antecederam. A manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite as inovações e as invenções. Estas não são, pois, o produto da ação isolada de um gênio, mas o esforço de toda uma comunidade.

Como pontuaram Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, a Teoria da Constituição e, conseqüentemente, a Teoria dos Direitos Fundamentais, assim como o direito constitucional positivo, “devem avançar e se desenvolver, acolhendo novos conceitos e os valores ecológicos, especialmente no sentido de uma Teoria Constitucional e dos Direitos Fundamentais, ‘ecologicamente’ adequada e comprometida. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 36).

É cediço que diante da *crise ambiental* que ora se apresenta, o Direito Constitucional e a Teoria dos Direitos fundamentais passam a procurar locais para encontrar as respostas aos problemas e desafios quando o assunto é a *degradação ambiental* e o *risco existencial*.

Conforme asseverou Boaventura de Souza Santos (2009, p. 47 e seguintes), a “ciência e o Direito são pilares fundamentais da sociedade moderna, e ambos estão em crise”. A esse respeito, Antonio Carlos Wolkmer e Gabriela de Moraes Kyrillos (2015) entendem que essa crise ocorre “justamente pelo fato de que o mundo é muito mais amplo do que a visão ocidental de ciência é capaz de captar. Por conseguinte, as formas de juridicidade são mais plurais do que o direito moderno ocidental proclama como legítimo”.

Assim, na atualidade, buscam-se novos modelos aptos a mudarem essa situação. Um deles, objeto do presente artigo, diz respeito ao giro biocêntrico e a revalorização da cultura do *buen vivir* preservada

na memória dos povos indígenas originários latino-americanos, em especial, no Equador.

3.1 Nascimento do neoconstitucionalismo latino-americano: a ruptura com o modelo europeu, pluralismo e interculturalidade

Apenas 10 anos após a Assembleia Constituinte de 1998 e depois de um período turbulenta vida política no Equador, em abril de 2007, foi convocada por referendo uma Assembleia na cidade de Montecristi.

Embora seja sabido que mesmo diante de consultas públicas há aqueles que questionam a legitimidade do processo. Qual, então, é o contexto da convocação da Assembleia Constituinte no Equador?

Epistemologicamente, o país vivia um momento em que os emergentes na sociedade equatoriana não estavam mais encontrando solução no modelo então vigente do constitucionalismo neoliberal, de modo que foi preciso buscar em outras fontes, multiculturais, o que não passou a margem da criação de um novo modelo constitucional. Isto porque uma “sociedade não é simplesmente constituída pela massa dos indivíduos que a compõe, pelos movimentos que eles realizam, mas, antes de tudo, pela ideia que ela faz de si mesma.” (DUKHEIM, 1989, p. 226).

O modelo tradicional de Estado, com elementos bem definidos, foi abandonado para reconhecer que o Equador é um Estado Plurinacional, uma vez que presentes em sua composição diversas nacionalidades e povos (como os indígenas e os afrodescendentes) que coexistem no interior do mesmo território.

Dessa forma a Constituição equatoriana de 2008 oficializou a proposta do *Sumák Kawsay* (em quéchua) ou *Buen Vivir* (em espanhol) como o princípio filosófico e político por meio do qual devem servir de norte e padrão para as principais decisões políticas no país.

Após grande pressão pelos movimentos sociais indígenas, foi incorporado pelo governo do então presidente Rafael Correa, os valores do *buen vivir* que chama a atenção a um novo modelo de existência social único, que supera tanto do capitalismo quanto do socialismo. Trata-se de projeto político amplo, denominado plurinacional, que quebra a lógica colonialista europeia, baseados em três vertentes principais: a) afastamento à lógica do individualismo e das desigualdades sociais; b) imposição de um tratamento igualitário homegeneizador das diferentes

nações que formam o Equador, e; c) repúdio ao uso e exploração ilimitada da natureza (Pachamama).

A verdade é que no Equador estavam presentes as condições muito mais do que “multiculturalismo emancipatório”, na expressão de Boaventura de Souza Santos⁵, mas verdadeiramente a *interculturalidade*, pois se trata de um conceito que não obstante tenha nascido como reação dos Estados nacionais ao processo de uniformização cultural decorrente da globalização, difere substancialmente do multiculturalismo. Para Virgílio Alvarado (2003, p. 33 e seguintes) distingue claramente os dois conceitos ao afirmar que, enquanto o multiculturalismo propugna a convivência num mesmo espaço social de culturas diferentes sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a *interculturalidade*, ao pressupor como inevitável a interação entre essas culturas, propõe um projeto político que permita estabelecer um diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica. (FULLER, 2003, p. 15).

Segundo Virgílio Alvarado (2003, p. 33 e seguintes), são características da *interculturalidade*: a) É um conceito dinâmico que supera o multiculturalismo ao reconhecer a sociedade como um espaço de permanente interação; b) Propugna não apenas o respeito à diversidade cultural, mas a necessidade da convivência e troca de experiências; c) Procura re-criar as culturas existentes, reconhecendo que se encontram em permanente transformação; d) Propõe uma nova síntese cultural, o que implica a re-elaboração dos modelos culturais preconcebidos; e) Pressupõe a interação entre as culturas, que embora muitas vezes tensa, pode ser regulada.

Nesse novo modelo filosófico e político, a lógica de mercado é obrigada a coexistir com a cosmovisão andina, criando uma “sociedade com o mercado, não de mercado”.

Resgatam-se os elementos milenares das práticas sociais e das cosmovisões indígenas, marginalizados e “invisibilizadas” ao longo da história, para reconstruir uma sociedade mais igualitária e menos depredatória. Rompe-se, portanto, com a tradição filosófica ocidental (cartesiana) em que se separou o ser homem da natureza, gerando uma

⁵ De acordo com o autor: “A expressão multiculturalismo designa, originariamente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas (...). Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas no sentido “emancipatório”. O termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de “cultura”, um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou terreno explícito de lutas políticas” (SANTOS, 2009, p. 47 e s.).

visão mercantilista e utilitarista de Pachamama (Mãe Terra), inferior ao ser humano, seu dominador.

O movimento neoconstitucionalista revaloriza a natureza, chamando-a de Pachamama (Mãe Terra) de modo a absorver a concepção indígena holística, que percebe o mundo através da integração fundamental entre todos os seres vivos e entre estes e o universo. Como bem sintetizaram Antonio Carlos Wolkmer e Gabriela de Moraes Kyrillos (2015):

[...] resta claro que a incorporação dos direitos da natureza, a inclusão dos ideais do *buen vivir* e do *sumak kawsay* adicionaram muito ao novo constitucionalismo latino-americano e apresentaram caminhos até então impensados para a superação da crise ambiental na qual estão todos inseridos. O papel dos povos indígenas foi central nessa transformação que é apenas parte de um projeto/processo de construção de um mundo ecologicamente equilibrado, intercultural e decolonial.

Abandona-se, pois, a lógica da competição e do acúmulo, para valorizar ações e saberes ancestrais que envolvem o comunitarismo, a solidariedade e a reciprocidade, fontes inspiradoras que são das atividades de produção, distribuição e consumo.

3.2 A natureza como sujeito de direitos

A concepção jurídica tradicional entre os filósofos ocidentais é a de que apenas os seres humanos são objetos de preocupação moral e possuem direitos. Entretanto a crise ambiental produziu uma quebra de paradigmas em relação a esse postulado.

O primeiro a se manifestar a esse respeito foi Aldo Leopold na obra “*A Sand Contry Almanac*” de 1949⁶. Na obra o autor defendeu que não apenas o ser humano, mas também as plantas, os animais e a natureza têm direitos naturais. O autor convocou a todos a realizar uma nova ética a qual deveria envolver seres humanos, não humanos e a natureza. Nesse sentido desenvolveu a Ética da Terra, a mudança do papel do *Homo sapiens* de dominador para se comportar como seu cidadão e membro pleno.

Com Peter Singer, para algo ser objeto de consideração moral, basta ser *sujeito de uma vida*, sendo capaz de ter sensação ou percepção. O

⁶ É do autor a célebre frase: “podemos julgar nossa relação com o mundo não-humano como certa quando tender a preservar a integralidade, a estabilidade e a beleza da comunidade biótica e como erra quando tender em sentido contrário” (LEOPOLD, 1949, p. 224-225).

autor considera que todos os seres que são capazes de sentir e sofrer devem ter seus interesses considerados de forma igualitária. Portanto o autor é contra o *especismo*, forma de discriminação contra certos seres baseada apenas no fato de pertencerem a uma espécie não humana. Construiu uma nova ética ambiental que propõe a revisão da ética individualista para propor a consideração moral dos animais. (SINGER, 1976).

Na década de setenta, enquanto pendente o julgamento *Sierra Club versus Morton*⁷ perante a Suprema Corte Norte-americana, um dos primeiros a propor os *direitos do ambiente*, foi Christopher Stone com a publicação da obra *Should trees have Standing?*. Na obra o autor defendeu que as florestas, rios, entre outros possam ser titulares de direitos. Seus argumentos se baseiam no fato de que os elementos que formam o meio ambiente têm valores intrínsecos, e que a abordagem antropocêntrica do direito humano ao ambiente é equivocada e insuficiente.

A partir dessa década, inúmeros artigos foram publicados pelo ocidente buscando o reconhecimento de que o meio ambiente poderia ser sujeito de direitos.

Entretanto, a emancipação dos direitos da natureza não é tarefa fácil. Edson Ferreira de Carvalho (2005, p. 328) bem sintetizou essa dificuldade:

As correntes filosóficas não-antropocêntricas têm sido amplamente debatidas nos círculos jurídicos, filosóficos, teológicos e sociológicos estrangeiros. O debate tem dado margem ao surgimento a uma ampla variedade de abordagens jurídicas e éticas, entre as quais pode-se citar a consagração dos direitos justiciáveis à natureza, na forma

⁷ *Sierra Club v. Morton* é um caso que chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos que concluiu por rejeitar um processo do Sierra Club que procurava bloquear o desenvolvimento de uma complexo turístico de esqui no vale Mineral King pela Walt Disney, nas montanhas de Sierra Nevada. O caso é mais conhecido por conta da dissidência do juiz William O. Douglas, que argumentou que os recursos naturais deveriam ter personalidade jurídica e legitimidade de se defender em juízo. Segundo seu posicionamento, *"Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. The corporation sole - a creature of ecclesiastical law -- is an acceptable adversary, and large fortunes ride on its cases. The ordinary corporation is a "person" for purposes of the adjudicatory processes, whether it represents proprietary, spiritual, aesthetic, or charitable causes. (...) The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled. That does not mean that the judiciary takes over the managerial functions from the federal agency. It merely means that, before these priceless bits of Americana (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard. (...)"*. Para maiores informações, consulte: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>. Acesso em 01/08/2018.

concebida por Stone; o reconhecimento dos denominados direitos bióticos, constituindo apenas imperativos morais e o reconhecimento das responsabilidades morais do homem com a natureza, através de normas que prescrevem a necessidade de se estabelecer uma relação saudável entre a humanidade e o mundo não-humano. Embora não se negue a importância de se redefinir a responsabilidade humana em relação ao resto da natureza, existe enorme confusão a respeito da matéria. O que existe em comum nessas abordagens é a tentativa de se dar reconhecimento concreto e significativo ao intrínseco valor da natureza, todavia divergem na maneira como isso pode ser alcançado. (...) Como se nota, existem inúmeros obstáculos em se atribuir direitos à natureza e seria ingenuidade acreditar que isso possa acarretar mudança do paradigma antropocêntrico para o ecossistemicocêntrico, mesmo porque não seria possível fazê-lo sem abrigar a tradição antropocêntrica e individualista de direitos que representa, para os ambientalistas, a causa principal da crise global.

O autor chega a essa conclusão porque paradoxalmente a ética não-antropocêntrica é antropocêntrica, uma vez que só é possível imaginar e construir um sistema de valores pela racionalidade humana. Mais à frente o autor arremata demonstrando as dificuldades de efetivação dessas pretensões: “a preocupação dos ecologistas profundos não tem se espalhado além do campo da ética ambiental, tendo sido abraçada por poucos filósofos e ecologistas e encontrado pouco suporte no meio jurídico. (CARVALHO, 2005, p. 329).

Não obstante legítimas as palavras do autor, decorrente do movimento do neoconstitucionalismo latino-americano, vive-se na atualidade, segundo Antonio Carlos Wolkmer e Gabriela de Moraes Kyrillos (2015), a *redefinição dos paradigmas do Direito na América latina por meio da interculturalidade e buen vivir*. Essa é uma nova esperança, de índole constitucional, em que se consagram novas possibilidades de efetivação da natureza e dos direitos socioambientais, e que se reconhecem a *Pachamama* como um novo sujeito de direitos, dentro da cosmovisão andina.

3.3 *Pachamama e o Buen vivir*

As Constituições mais recentes promulgadas na América Latina, a do Equador no ano de 2008⁸ e da Bolívia em 2009⁹, trouxeram de forma expressa em seu corpo um inovador reconhecimento da natureza como sujeito de direitos¹⁰, de forma a atribuir-lhes direitos e deveres.

⁸ O paradigma básico da nova Constituição do Equador, inspirado na sabedoria milenar dos povos originários da região e orientado ao *buen vivir*, é colocado no preâmbulo da Carta, nos seguintes termos: *“Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a las abiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivenciaciudadana, endiversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, elsumakkawsay”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

⁹ Já na Constituição boliviana, o paradigma básico se inspira na formação de um Estado Plurinacional, sob os paradigmas da Madre Tierra e *buenvivir*: *“(...) Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. (...)”*. (Constitución Política del Estado de Plurinacional e Bolivia, 2009).

¹⁰ Conforme consta dos artigos 71 e seguintes da Constituição da República do Equador: *“Derechos de la naturaleza”* Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza La vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y El mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidade podrá exigir a La autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos em la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman um ecosistema. Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas natural eso jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, El Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar La restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la

A esse movimento convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo latino-americano¹¹.

Em ambos os Documentos essa emergência dos Direitos da Natureza nasce fruto do rompimento com os laços do colonialismo europeu¹², este com visão eminentemente antropocêntrica, para reconhecer, dentro da *cosmovisão dos povos indígenas*, a Pachamama (Mãe Terra) como instrumento de garantia do direito à vida em uma visão holística com a natureza. Como consequência, houve a ruptura com o paradigma antropocêntrico moderno ocidental, que havia seguido o caminho da exclusão, tanto da natureza, quanto dos povos indígenas.

Na cultura andina, Pachamama é considerada mais que uma divindade: ela é a natureza que cria e recria os elementos da vida e o ser humano é parte integrante dela e merecedora de proteção jurídica. (TOLENTINO, 2015, p. 313).

alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; suproducción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

¹¹ De acordo com Dalmau Rúben Martínez, “La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latino americanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a la élite de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos”. (DALMAU, 2008, p. 22).

¹² Vale ressaltar que as rupturas ocorridas no campo do constitucional latino-americano, em especial, no Equador e na Bolívia, rompem com o silêncio e não visibilidade impostos pelas Colônias Europeias aos povos sul-americanos. Nesse sentido são as palavras de Antonio Carlos Wolkmer: “(...) na história da região, poucas vezes, o constitucionalismo tradicional colonizador, representado por Constituições liberais, individualistas, formalistas e excludentes, expressou autenticamente as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afrodescendentes, as massas de camponeses agrários e os movimentos urbanos. Trata-se de uma ausência notória, pois tais constituições não se ocuparam de consagrar e regulamentar temas de meio ambiente, biodiversidade e desenvolvimento sustentável, especificamente sobre políticas de conservações e de proteção aos bens naturais comuns”. (WOLKMER, 2014, p. 71).

Tanto a Constituição Equatoriana¹³, quanto a Constituição Boliviana¹⁴, após reconhecer as raízes milenares dos diferentes povos, celebrar a Pachamama, reconhecer as várias formas de religião e espiritualidade e apelar para a sabedoria de todas as culturas, resolveram assumir uma nova forma de convivência cidadã, baseada na diversidade e na harmonia com a natureza para alcançar o *buen vivir* (*sumak kawsay*). Em suma, ambas constituições elencam um rol de direitos essenciais e fundamentais para assegurar a efetivação do *buen vivir*¹⁵.

Diante da tradição ancestral da cultura andina, (que geograficamente encontra-se localizada da Patagônia até a América Central), o entendimento baseado na cosmologia contemporânea, genética e biologia molecular, aliada à teoria dos sistemas, que outorga o *status da Terra como um superorganismo vivo - Teoria de Gaia*¹⁶ - regular a si

¹³ A Constituição do Equador dedica um capítulo inteiro denominado *derechos del buen vivir*; que garante o acesso à água e alimentação, ao meio ambiente saudável, à comunicação e à informação, à cultura e à ciência, à educação, ao *habitat* e à habitação, à saúde, ao trabalho e à seguridade social.

¹⁴ Em seu artigo 8º, traz expressamente consignado como princípios, valores e finalidade do estado Plurinacional Boliviano que “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de lasociedad plural: ama qhilla, ama lulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivirbien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierrasin mal) y qhapajñan (camino o vida noble)”.

¹⁵ Reconhecendo o posicionamento de que a Terra é sujeito de direitos, esclarece o Eugenio Raul Zaffaroni: “Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume La condición de sujeto de derechos, en forma expresaen La ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerasse un derecho exclusivo de los humanos. De este modo el constitucionalismo andino dioelgran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a um verdadeiro ecologismo constitucional. La invocación de La Pachamama va acompañada de la exigencia de su respecto, que se traducen en la regla básica ética del *sumakkawsay*, que es una expresión que chu a que significa buen vivir o pleno vivir y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual- que debe regir la acción del estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con La naturaleza” (ZAFFARONI, 2012, p. 53).

¹⁶ A Teoria de Gaia, também denominada como Hipótese de Gaia, é uma tese que afirma que o planeta Terra é um ser vivo. De acordo com esta teoria, a Terra possui a capacidade de gerar, manter e alterar suas condições ambientais. Desenvolvida por James Lovelock e Lynn Margulis, a Teoria de Gaia teve o mérito de inverter a lógica de até desenvolvidas à luz das teorias criacionistas e evolucionistas, de modo a reconhecer que a vida existe na Terra porque ela reuniu e manteve condições apropriadas para seu início e continuação. Em outras palavras “a Terra oferece condições apropriadas à vida é porque a vida assim as proporciona e as conserva. Desse modo, inverteu-se a visão tradicional de que a vida é aquilo que a Terra lhe permite ser, passando a ser a de que a Terra é aquilo que a vida faz com que ela seja” (CARVALHO, 2005, p. 23). Logo que a hipótese foi lançada ela não foi bem aceita no meio científico, acusando James Lovelock de ter produzido uma pseudociência e criticando sua integralidade científica. Entretanto, recentes descobertas científicas estão nos dando razões para levar essa hipótese mais a sério, isto porque, no seu núcleo, foi descoberta uma inter-relação entre planetas, de modo que a

mesmo a fim de manter continuamente a vida, em um constante ciclo de reproduzir e co-evolução, em verdadeira *autopoiese*¹⁷.

Um dos principais estudiosos do novo momento constitucional latino-americano é o jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni, na obra *Pachamama y el Humano* (2012) que passou a analisar a relação do direito constitucional com os conceitos de *ecologia profunda*¹⁸ e biocentrismo. O mérito do trabalho do autor é buscar as raízes históricas, desde a Antiguidade, passando pela idade média e método cartesiano, se há ou não os direitos da natureza e dos animais diante das correntes jurídicas, sociológicas e filosóficas.

Em sua obra, Zaffaroni demonstra exatamente aquilo que atravessa transversalmente as duas constituições em análise: a harmonia entre os direitos humanos e os direitos da natureza. O autor indaga “Somos mais um dos convidados a fazer parte da natureza ou ela foi criada para ser nosso habitat e dela podemos nos servir?” (ZAFFARONI, 2012, p. 2).

É preciso esclarecer que atribuir à natureza personalidade jurídica não é sinônimo de trazer o homem de volta ao “estado de natureza”, vida que mudou a compreensão de ambos. Referido alerta é feito por David Grinspoon, cientista sênior do Planetary Science Institute na obra *Earth in Human Hands*. (Para saber mais informações a respeito, consulte: GRINSPOON, David “It’s Time to Take the Gaia Hypothesis Seriously. Disponível em <http://nautil.us/blog/its-time-to-take-the-gaia-hypothesis-seriously>. Acesso em 01.08.18). Lovelock “ao acreditar que a Terra está viva, considera que cada componente de Gaia funciona de forma tão integrada em relação aos demais e ao conjunto todo como os instrumentos de uma orquestra”. Trata-se da síntese e interação de todos os seus ecossistemas. Portanto, para James Lovelock o fato de a vida na Terra e seu ambiente físico evoluírem como entidade única mostra que o atual estágio de intervenção humana na natureza afeta diretamente o equilíbrio terreno diante da exploração sem trégua de recursos naturais. Um dos exemplos citados pelo autor é o excesso de dióxido de carbono, consequência direta dos gases de estufa e a substituição florestas por terra cultivável. Para saber mais, consulte: LOVELOCK, James, *A Vingança de Gaia*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2006.

¹⁷ Conforme explica Cláudia Andrade Castro “A Autopoiese é uma teoria formulada pelo biólogo Humberto Maturana e médico Francisco Varela, ambos chilenos. Para os autores, todos os organismos funcionam devido a seu acoplamento estrutural, ou seja, devido à sua interação com o meio, que se caracteriza por uma mudança estrutural contínua (que não cessa enquanto houver vida) e, ao mesmo tempo, pela conservação dessa recíproca relação de transformação entre o organismo (unidade) e o meio, pois a forma como ocorre esse processo depende do meio e do contexto em que se vive”. (ANDRADE, 2012, p. 2).

¹⁸ O termo *ecologia profunda*, desenvolvida pelo filósofo norueguês Arne Naess, ao contrário da ecologia rasa (centralizada no ser humano como dominador dos recursos naturais da Terra) defende a ideia do convívio em harmonia do homem com a natureza, por compreender como limitados os recursos naturais (NAESS, 1989). Nas palavras de Fritjof Capra: “O ambientalismo superficial é antropocêntrico. Vê o homem acima ou fora da natureza, como fonte de todo valor, e atribui a natureza um valor apenas instrumental ou de uso. A Ecologia Profunda não o separa (CAPRA, 1996).

como demonstraram os contratualistas, mas sim de que o ser humano passe a se reconhecer parte indissociável do meio ambiente, sem o qual não pode sobreviver.

Vale lembrar que as inovações constitucionais acima implicam na valorização do direito à diferença e a inclusão dos saberes dos povos indígenas que são chamados a contribuir com sua filosofia e cosmovisão sobre o mundo e a natureza. Assim sendo estará à procura de alternativas às crises humanitárias.

Felipe Vander Velden e Marilyn Cebolla Badie (2011) discorreram a respeito:

Atualmente, se vêm à luz de forma forte a atenção às opiniões indígenas sobre fenômenos de impacto ambiental do mundo contemporâneo – levar realmente a sério o que acontece nos mundos outros a partir das ações empreendidas pelas sociedades industriais – a natureza, por seu turno, retorna também com vitalidade renovada, como já vimos, por meio da consideração das agências não humanas também envolvidas nestas complexas cadeias de eventos e interpretações sobre eles: ao se tomar animais, plantas, artefatos e outros entes como seres sociais – pessoas – e, portanto, como objetos de análise das Ciências Humanas e Sociais, as análises vêm se expandindo – por meio de estratégias metodológicas variadas como a antropologia da vida (Ingold, 2011), a *transspecies anthropology* (Kohn, 2007) ou a *multispecies ethnography* (Kirksey & Helmreich, 2010) – para dar conta, por exemplo, de *naturezas proliferantes* (Chouquer, 2010) de produção de espaços sociais coabitados por humanos e não humanos em que estes últimos não são meramente símbolos projetados pelos homens sobre seres naturais (Knight, 2005), de reconfiguração da relação entre selvageria (natureza) e domesticidade (cultura) (cf. Pelosse & Micoud, 1993; Haraway, 2008; Cassidy & Mullin, 2007) e de uma escrita da história “do ponto de vista animal” (Baratay, 2012).

Dessa forma, abre-se a esperança de dias melhores, em que a natureza ganhará seu protagonismo, para construir uma nova sociedade que celebra um verdadeiro contrato natural, em que a lógica da colonização ceda espaço para que o ser humano compreenda seu papel, com maior reciprocidade e harmonia entre o homem e a natureza.

3.4 O Direito dos povos indígenas

No movimento neoconstitucionalista houve a relativização da ordem política e jurídica “como um modo premente de construir Estados e ordenamentos jurídicos mais abertos, que possibilitem a inclusão dos povos indígenas e de todos aqueles segmentos sociais culturalmente diferenciados, que ao longo da história sofreram processos violentos de injustiça pela exclusão”. (AVRITZER, 2017, p. 117).

Como forma de resgate, mediante a incorporação na constituinte dos valores de Pachamama e *sumak kawsay* houve uma ruptura paradigmática com o modelo então vigente de forma a incorporar e valorizar os conhecimentos tradicionais silenciados, dos quais emergem novas prioridades e responsabilidades, decorrentes da cosmovisão andina.

Os direitos indígenas têm como principal preocupação aspectos inerentes à vida, cultura, território, usos, costumes e tradições de cada povo. Por conseguinte, caracterizam-se por direitos originários e superiores umbilicalmente ligados à territorialidade.

As tradições milenares dos povos indígenas se fundam na ideia de comunidade, sua estrutura, organização política e social. Não há espaço para uma percepção individualista da pessoa, mas sim, uma visão integrada em comunidade.

Compreendem que tudo está inter-relacionado, de maneira que a percepção da vida em comunidade necessariamente envolve não apenas os seres humanos, mas toda a forma de vida, natureza e meio ambiente.

Essa forma de pensar repercute na noção que o povo andino tem de propriedade. Diferentemente de conceito individualista e liberal de propriedade criado por John Locke¹⁹, a cosmovisão andina praticamente rechaça a ideia de propriedade, uma vez que os povos indígenas milenares têm uma ligação de pertencimento com a terra. Logo os valores andinos alteram a lógica da propriedade: de dominada pelo homem, a propriedade passa a ser dominadora dos seres humanos, pois estes pertencem à terra.

Isso se mostra evidente quando a Constituição do Equador reconhece a propriedade nas formas de propriedade pública, privada, comunitária, associativa, cooperativa e mista²⁰.

¹⁹ De acordo com o autor só os proprietários têm plena cidadania, o que vem a contribuir para a difusão ainda mais do individualismo e exploração ambiental. (LOCKE, 1979).

²⁰ Constituição do Equador: Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

Como bem sintetiza Marilene Araújo (2013, p. 263): “Para os povos indígenas originários, a primeira responsabilidade é com a mãe terra e com o cosmo. A segunda responsabilidade é com a comunidade. Depois, vem a responsabilidade com o próximo e, por último, a responsabilidade consigo mesmo”.

CONCLUSÃO

Embora o antropocentrismo moderno tente reconhecer a natureza como sujeito de direito foi no neoconstitucionalismo latino-americano (Pachamama), notadamente nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que surgiram novos paradigmas para a emergência dos direitos da natureza.

Em conjunto as Constituições deram primazia às cosmovisões da população indígena andina e a existência de um estado plurinacional e intercultural, de modo a romper com os laços e paradigmas do colonialismo europeu, criando uma nova gama de sujeitos eminentemente plurais, a se incluir aí também a natureza.

De fato, os valores do *buen vivir* adicionaram muito ao novo constitucionalismo latino-americano e possuem o potencial de apresentar novas soluções para a superação da crise ambiental presente na contemporaneidade. Com efeito, houve clara mudança das estruturas até então dominantes, baseadas nas novas formas de convivência cidadã e dialógica, em que a nova constituinte refundou o eixo do poder baseado na diversidade cultural e na harmonia com a natureza. Só assim, atendendo a essas premissas, que será possível alcançar o *buen vivir* (*sumakkawsay*), como um novo modelo de existência social único, afastando à lógica do individualismo e das desigualdades sociais, impondo um tratamento igualitário homegeneizador das diferentes nações e o repúdio à exploração ilimitada da natureza.

Nessa linha de pensamento, o cartesianismo é substituído pelo movimento neoconstitucionalista, que revaloriza a natureza, chamando-a de Pachamama (Mãe Terra) de modo a absorver a concepção indígena holística, que percebe o mundo através da integração fundamental entre todos os seres vivos e entre estes e o universo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. **Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação.** Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias, v. 8, n. 2. Lisboa, 2009.

ANDRADE, C. C. **A fenomenologia da percepção a partir da autopoiesis de Humberto Maturana e Francisco Varela.** Griot – Revista de Filosofia v. 6, n. 2, dezembro/2012.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado de Plurinacional e Bolivia,** 2009.

BOFF, L. **Constitucionalismo ecológico na América Latina.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/519994-constitucionalismo-ecologico-na-america-latina-artigo-de-leonardo-boff>. Acesso em: 01 ago.2018.

BRAGA, J. S. P. **O homem e a natureza: descaminhos e reconciliação.** Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 5, 1994.

BRAGA NETTO, F. P. **Os sistemas duais e sua crise: o fim das grandes certezas.** Direitos e Deveres. Maceió: Edufal, v. 2, n. 5, 1999.

CAPRA, F. **O ponto de mutação.** Tradução: Álvaro Cabra. São Paulo: Cultrix, 2000.

CAPRA, F. **The Web of Life: A New Scientific Understanding of Living Systems.** Nova Iorque: Anchor Books Doubleday, 1996.

CARVALHO, E. F. **Meio Ambiente e Direitos Humanos.** Curitiba: Juruá, 2005.

DALMAU, R. M. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador.** Revista AletrJusticia, n.1. Guayaquil, oct. 2008.

DUKHEIM, E. **As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália.** São Paulo, Paulinas, 1989.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador,** 2008.

FONSECA, O. **Pensando a Amazônia.** Manaus: Valer, 2011.

GRINSPOON, D. **Earth in Human Hands. It's Time to Take the Gaia Hypothesis Seriously**. Disponível em <http://nautil.us/blog/its-time-to-take-the-gaia-hypothesis-seriously>. Acesso em: 01 ago. 2018.

HAWKING, S. **Vamos precisar deixar a Terra em 100 anos**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/vamos-precisar-deixar-terra-em-100-anos-diz-stephen-hawking-21288410#ixzz4paUOzthX>. Acesso em: 01 de ago. 2018.

HOBBS, T. *Leviatã*. Col. **Os pensadores**. V. 14. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LARAIA, R. B. **Cultura: um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LEOPOLD, A. **A Sand Contry Almanac**. Nova Iorque: Ballantine Books, 1949.

LOCKE, J. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Coleção os pensadores. Trad.: Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LOVELOCK, J. **A Vingança de Gaia**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2006.

MORIN, E. **Pensar para sair do século XX**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

NAESS, A. **Ecology, community, and lifestyle**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

SANTO PADRE FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_encyclica-laudato-si.html. Acesso em: 01 ago. 2018.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SERRES, M. **O Contrato Natural**. Tradução Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

SIERRA CLUB V. MORTON 405 U.S. 727 (1972). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/727/case.html>. Acesso em: 01 ago. 2018.

SINGER, P. **Animal liberation: towards an end to man's inhumanity to animals.** Londres: Cape, 1976.

STONE, C. **Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects.** Disponível em: <https://iseethics.files.wordpress.com/2013/02/stone-christopher-d-should-trees-have-standing.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

TOLENTINO, Z. T.; OLIVEIRA, L. P. S. **Pachamama e o direito à vida: reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano.** Veredas do Direito. v. 12, n. 23. Belo Horizonte. Janeiro/junho de 2015.

VELDEN, F. V.; BADIE, M. C. **A relação entre natureza e cultura em sua diversidade: percepções, classificações e práticas.** Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/298568612/A-relacao-entre-natureza-e-cultura>. Acesso em: 01 ago. 2018.

WOLKMER, A. C.; KYRILLOS, G. M. **Redefinindo os paradigmas do Direito na América Latina: Interculturalidade e Buen Vivir.** Revista de Direito Ambiental. V. 78. São Paulo: RT, Abril-Junho 2015.

WOLKMER, A. C. Ética da Sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, J. R. M.; PERALTA, C. E. (orgs). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica.** Editora Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2014.

ZAFFARONI, E. R. **Pachamama y el Humano.** Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2012.

DA LEX MERCATORIA À OMC: UM HISTÓRICO DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL NO SÉCULO XX

FROM THE LEX MERCATORIA TO THE WTO: A HISTORY OF INTERNATIONAL TRADE LAW IN THE 20TH CENTURY

Gabriel Moura Aguiar *

Jete Jane Fiorati **

Sumário: Introdução. 1 A Conferência de Breton-Woods e seus resultados: FMI, Banco Mundial e o GATT. 1.1 O Fundo Monetário Internacional (FMI). 1.2 Banco Mundial (BIRD). 1.3 O GATT e a Organização Internacional do Comércio. 2 A Organização Mundial do Comércio (OMC). Conclusão. Referências.

RESUMO: Na baixa Idade Média, o comércio se desenvolveu para além das fronteiras de uma determinada região, acarretando sérias dificuldades aos mercadores devido a diferenças de leis, usos e costumes. A fim de permitir uma maior segurança nas trocas comerciais, as práticas dos mercadores foram consolidadas em um conjunto denominado *lex mercatória*. Apesar de existir há séculos, a *lex mercatória* ainda possui importância prática. Contudo, o comércio internacional assistiu grandes mudanças de paradigma, notadamente no fim da Segunda Guerra Mundial, momento no qual as grandes potências aliadas se reuniram em 1944 para definir como seria o mundo após o conflito, em rodadas de negociações que culminaram no que ficou conhecido como Conferência de Breton-Woods. Desta Conferência saíram importantes órgãos reguladores do comércio internacional, tais como o FMI e o Banco Mundial. Logo após foi estabelecido o GATT e, em 1994, foi criada a Organização Mundial do Comércio, o atual órgão regulatório do comércio mundial, como resultado da Rodada Uruguai de negociações do GATT. O artigo busca, pois, analisar esta trajetória do direito do comércio internacional no século XX, com destaque para os eventos ocorridos a partir de 1944, sem olvidar da *lex mercatória*, principal fonte costumeira do comércio mundial, e das mudanças promovidas na ordem econômica internacional, em particular a globalização. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, com uma investigação dogmática-jurídica, baseada em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Comércio internacional. *Lex mercatoria*. Conferência de Breton-Woods. GATT. Organização Mundial do Comércio.

ABSTRACT: *In the low Middle Ages, trade developed beyond regions' borders, resulting in major difficulties for merchants due to multiple distinct laws, practices and customs. In order to assure more trade safety, the merchants' own practices and customs were compiled in what was named as Lex mercatoria. Although being centuries old, the Lex mercatoria is still significant. However, international trade law went through grand paradigm shifts, mainly in the final moments of World War II, when the great allied powers gathered in 1944 to set the foundation of the post-war world, in a series of negotiation rounds that culminated in the later called Bretton-Woods Conference. Important regulatory organisms of international trade from this Conference emerged, such as the IMF and the World Bank. Right after the Conference the GATT was established and, in 1994,*

* Mestrando em Direito do Comércio Internacional pela UNESP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Bacharel em Direito pela UNESP. Advogado.

** Professora Adjunta da UNESP. Mestre e Doutora em Direito pela UNESP. Livre-docente em Direito Internacional pela UNESP.

Artigo recebido em 15/12/2019 e aceito em 17/12/2019.

Como citar: AGUIAR, Gabriel Moura; FIORATI, Jete Jane. Da *lex mercatoria* à OMC: um histórico do Direito do Comércio Internacional no século XX. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 117-141. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

as a result of the GATT's Uruguay Round, the WTO was created, the present world trade's main regulatory organ. So, this paper intends to study this trajectory of international trade law in the 20th century, with special attention to the events that took place since 1944, without forgetting the *lex mercatoria*, main customary source of world trade, and the changes the international economic order went through, specially the globalization. For that, it will be use the deductive scientific method, with a legal-dogmatic investigation, based in bibliographical review.

Keywords: International trade. *Lex mercatoria*. Breton-Woods Conference. GATT. World Trade Organization.

INTRODUÇÃO

É certo que o comércio mundial sofreu grande impulso com o final da Segunda Guerra Mundial, momento no qual se situa a Conferência de Breton-Woods e a criação do GATT, modelo do qual evoluiu a atual configuração globalizada e centrada na Organização Mundial do Comércio (OMC). Todavia, a história mostra que o comércio internacional teve outros momentos de intenso desenvolvimento. Dentre estes, destaca-se a baixa Idade Média. Foi neste período histórico que as trocas comerciais inter-regionais se intensificaram, impulsionadas por uma então nascente classe econômica: a burguesia.

Entretanto, vigia a época o direito feudal, que refletia a fragmentação geográfica nos feudos e cidades e os privilégios da nobreza, tornando-se um entrave às relações comerciais pela complexidade e multiplicidade de estatutos que deveriam ser aplicados aos negócios. Logo, a fim de atenuar estes efeitos, os comerciantes burgueses “adotaram usos e costumes próprios da atividade comercial, de caráter não escrito, a serem utilizados nos negócios realizados nas diversas cidades independentes, feiras e comunas” (FIORATI: 2006, p. 30-31). A estes usos e costumes comerciais deu-se o nome de *lex mercatória* (FIORATI: 2006, p. 31).

A falta de participação do Estado em sua confecção, por sua vez, não impede que a *lex mercatória* seja considerada obrigatória e de efetividade impositiva. A imposição vem dos próprios integrantes das diversas corporações comerciais, tais como comerciantes de alimentos, de *commodities*, entre outros, e é utilizada sobremaneira na solução de controvérsias comerciais, calcada, desde tempos remotos, na arbitragem, distante dos órgãos judiciários estatais (MAGALHAES, 1994, p. 2). Com efeito, “a *lex mercatória* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional”, posto que é adotada, via de regra, na arbitragem comercial internacional (MAGALHÃES: 1994,

p.2). Por este motivo, e por ainda possuir relevância prática, a *lex* é, até os dias de hoje, fonte do direito do comércio internacional.

Os conceitos de lei do Estado e de direito nacional, por sua vez, foram delineados pela Paz de Vestfália, em 1648. O referido tratado, que pôs fim a Guerra dos Trinta Anos, delineou a organização territorial na Europa (e no mundo), bem como a ordem internacional clássica. Isto se deu por meio da consolidação do Estado soberano, ocorrida a partir de dos processos concomitantes: “a separação entre o espiritual e o temporal, e a gradativa concentração do poder na figura do monarca” (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 29).

Esta ordem internacional vigorou até 1945, quando o incremento da globalização e seus efeitos (maior circulação de bens, pessoas e capitais) levaram a mudanças dos padrões e parâmetros internacionais (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 37). Estas mudanças são evidenciadas pelos efeitos da Conferência de Breton-Woods, a assinatura do GATT e a posterior criação da Organização Mundial do Comércio. A globalização é um fenômeno amplo, que pode ser caracterizado como “um processo em que tecnologia e capitais privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais e financeiras transnacionais, circulam em todo globo, independentemente de fronteiras nacionais” (FIORATI, 2015, p. 11).

Ainda, a globalização tem como objetivo primordial a produção de grande volume de produtos, com menor preço e maior qualidade possível, para competir no mercado internacional, bem como a obtenção de vultosos lucros como resultado de investimentos no sistema financeiro global. Este processo é facilitado pela evolução tecnológica nos meios de transporte, permitindo que as etapas produtivas sejam realizadas em países diferentes, e nas comunicações, que atenuaram as dificuldades inerentes às distancias em termos de decisões empresariais (FIORATI, 2015, p. 11).

Este trabalho, pois, se desenvolverá por meio da análise dos principais marcos da história do comércio internacional no século XX, seguida pelas negociações que culminaram na Conferência de Breton-Woods, as instituições que dela se originaram (FMI, Banco Mundial/BIRD e o GATT¹), a posterior criação da OMC e o desenvolvimento de uma nova *lex mercatória*.

¹ *General Agreement on Tariffs and Trade*. Apesar de usual no país a sigla em língua inglesa, a tradução oficial brasileira é “Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio”, que consta na lei 313, de 30/07/1948), norma que publicou o GATT no país (BRASIL, 1948).

1 A CONFERÊNCIA DE BRETON-WOODS E SEUS RESULTADOS: FMI, BANCO MUNDIAL E O GATT

O regime internacional estabelecido em definitivo pela Conferência de Breton-Woods tem suas origens em negociações entre Estados Unidos e Reino Unido, iniciadas em 1941, ainda durante a Segunda Guerra Mundial. Seu objetivo inicial era “a formulação de uma proposta consensual de reorganização, financeira e comercial, do sistema econômico internacional do pós-guerra” (DELGADO: 2009, p. 13).

Com efeito, era necessário o consenso, diante da mudança de paradigma em relação ao século anterior:

No cenário internacional, contrariamente ao liberalismo econômico presenciado no século XIX, o mundo viveu uma fase de mudança com o surgimento do intervencionismo após a 2ª Guerra Mundial, ou seja, época em que os Estados atuavam diretamente no cenário econômico e criavam regras protecionistas que prejudicavam o comércio internacional. Para evitar muitas disputas foi necessário criar uma ordem jurídico-econômica internacional que zelasse por um equilíbrio entre o liberalismo econômico das empresas e o intervencionismo estatal na esfera produtiva, visando diminuir as consequências danosas ao comércio global (FIORATI, 2006, p. 51-52).

Neste sentido, a fim de evitar os efeitos deletérios do intervencionismo ao comércio internacional, as negociações buscavam conciliar as demandas norte-americanas por multilateralismo e liberalização comercial com as demandas britânicas de limitação da autonomia das políticas econômicas domésticas, a fim de manter elevados os níveis de emprego e renda nas respectivas economias nacionais (DELGADO: 2009, p. 13). Resultaram destas negociações a Carta Atlântica, de 1941, antes da entrada dos Estados Unidos na Guerra, e o Acordo de Ajuda Mútua, de 1942. A Carta Atlântica foi uma primeira tentativa das nações para estabelecer um entendimento comum sobre a noção de multilateralismo comercial, e o Acordo de Ajuda Mútua uma complementação a este objetivo. Por meio deste último, o Congresso estadunidense autorizava o Presidente a prestar auxílio a qualquer país cujo socorro este considere vital para a defesa dos Estados Unidos (DELGADO, 2009, p. 18-19), considerando que, em dezembro de 1941, ocorreu a entrada oficial dos EUA na Guerra, após o ataque japonês à Pearl Harbor.

Diante de pressões do Congresso e da opinião pública por uma contrapartida ao país, passou-se a exigir das nações socorridas a cooperação na reconstrução do comércio mundial no pós-guerra. Esta posição, com amplo apoio interno, rompia com a política isolacionista que pautava a atuação Estados Unidos até então, com base na conclusão de que os interesses econômicos e políticos do país no futuro pós-guerra estariam vinculados à sua atuação internacional (DELGADO, 2009, p. 19). Com efeito, a conclusão se mostrou acertada, pois a vitória dos Aliados no conflito, capitaneados em grande medida pelos Estados Unidos, alçaram o país à uma posição de potência internacional, posto que dividiria, pelas próximas décadas, com outra responsável direta pela vitória na Segunda Guerra: a União Soviética.

A reconstrução do comércio mundial passava, na visão estadunidense, pelo multilateralismo. Predominava no Departamento de Estado o “credo” de que “se as mercadorias não puderem atravessar as fronteiras, os soldados o farão”. Por este motivo, os norte-americanos se empenharam em incluir este tópico e insistir em sua implementação em suas negociações com o Reino Unido. Entretanto, comércio multilateral não significa livre comércio, tanto que o principal documento sobre o tema decorrente do regime de Breton-Woods, o GATT, tratava de uma regulação tarifária comum, e não abolição de tarifas (DELGADO, 2009, p. 21).

Destas negociações surgiram duas propostas: uma norte-americana e uma britânica, esta última de autoria de John Maynard Keynes (DELGADO, 2009, p. 21-22). Estas duas propostas foram combinadas em reuniões entre os países no final ano de 1943, culminando com a intenção de criar um fundo monetário de caráter mundial e um banco internacional (DELGADO, 2009, p. 22-23), que viriam a ser os atuais Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. Ambas as instituições foram, pois, criadas pela ata final Conferência de Breton-Woods, realizada na cidade norte-americana homônima, entre 1º e 22 de julho de 1944. Predominou no encontro a continuação das negociações entre Estados Unidos e Reino Unido, contudo, os trabalhos foram acompanhados e tiveram a participação de outros países, entre eles o Brasil (DELGADO, 2009, p. 24).

Esta nova ordem econômica internacional, criada em Breton-Woods, se desenvolveu de forma paralela à criação das Nações Unidas, sendo que este projeto foi “politicamente organizado em consonância com a Carta de São Francisco que criou a ONU” (FIORATI, 2006, p. 54). O Acordo foi ratificado em 1945, e o FMI começou a operar em 1947.

Com efeito, os países socialistas e em desenvolvimento compuseram o FMI (bem como a ONU) com os países desenvolvidos desde o início; diferentemente do GATT. Todavia, o Brasil, mesmo considerado um país em desenvolvimento, é membro dos órgãos criados pelo Acordo de Breton-Woods desde seu princípio (FIORATI, 2006, p. 54).

Outra criação da Conferência de Breton-Woods foi o padrão-ouro, o lastramento e conversibilidade do ouro em relação ao dólar, uma vez que os EUA eram a maior potência econômica. Este padrão se baseava em um câmbio fixo para o dólar e flutuante para as outras moedas em relação a ele. Este padrão-ouro vigorou até 1971, quando, pelo endividamento dos Estados Unidos, o país perdeu a capacidade de conversão do dólar em ouro, levando, pois, ao fim do lastro em ouro e da conversibilidade da referida moeda (FIORATI, 2006, p. 54-55).

Aliado a este sistema, foi criado em 1961 o Código de Boa Conduta Monetária, para coibir “os chamados câmbios múltiplos (câmbios diferentes para exportação e importação, para importações provenientes de diferentes Estados), que representava um sistema discriminatório, bem como as excessivas desvalorizações de moedas em relação ao dólar”, a fim de aumentar a competitividade dos produtos nacionais (FIORATI, 2006, p. 54). Dentre os órgãos criados em Breton-Woods, a política cambial ficou a cargo do Fundo Monetário Internacional (FMI).

1.1 O Fundo Monetário Internacional (FMI)

O Fundo, com sede em Washington, tem seus objetivos claramente delineados, e baseado nos princípios que nortearam as negociações de Breton-Woods desde seu início:

Os objetivos do FMI são promover a expansão do crescimento harmonioso do comércio internacional e contribuir para a instauração e manutenção do nível de emprego e renda e do desenvolvimento dos recursos produtivos de todos os Estados membros, visando à prosperidade interna e internacional dos mesmos (FIORATI, 2006, p. 55).

Os objetivos do FMI evidenciam a presença das posições norte-americana e britânica, respectivamente com a preocupação em expandir o comércio internacional de forma controlada e garantir níveis de emprego e renda. Os países que criaram o Fundo tinham claros na memória os efeitos da crise econômica de 1929, logo, viram como necessária a existência de

organismo internacional “gestor e controlador de um sistema multilateral de transações correntes entre os Estados membros contribuindo para a eliminação das restrições de câmbio que poderiam atrapalhar o comércio mundial” (FIORATI, 2006, p. 55). Um órgão para, portanto, promover harmonia e desenvolvimento dos Estados e do comércio mundial.

O FMI também tem como função controlar o funcionamento do sistema monetário internacional e verificar o cumprimento, pelos Estados, de suas obrigações. Para este fim, os Estados devem comunicar ao FMI sobre o sistema adotado e eventuais mudanças. Os Estados, por sua vez, tem como uma de suas obrigações “possuir uma política econômica interna orientada para o crescimento econômico ordenado e sustentável e uma estabilidade de preços, visando assim uma estabilidade fiscal, monetária e do comércio internacional” (FIORATI, 2006, p. 56). A fim de verificar o cumprimento destas obrigações, o FMI possui um sistema de fiscalização da atuação dos Estados e consultas, que resultam em um diagnóstico da situação econômica do Estado e de sugestões não vinculantes, mas que, pelos efeitos econômico negativos de seu não cumprimento, acabam por assumir um caráter obrigatório (FIORATI, 2006, p. 57).

O FMI é estruturado em quotas, com predominância dos Estados Unidos e dos demais países ricos (União Europeia, Japão, Suíça e Canadá), que detém, assim, o poder decisório. Financeiramente, é abastecido pela cooperação econômica dos Estados-membros, ou seja, por contribuições obrigatórias ao Fundo, das contribuições feitas por Estados quando nele ingressam, bem como por frutos de investimentos e juros pagos pelos países que tomaram empréstimos. Com efeito, o FMI pode emprestar recursos a países com desequilíbrios em sua balança de pagamentos, provocados por desequilíbrios tanto internos quanto externos, na moeda corrente do Estado ou em moeda estrangeira (FIORATI, 2006, p. 58-59). A Argentina, em mais de um momento de sua história recente, recorreu ao FMI para socorros financeiros em dólar a fim de reequilibrar sua economia e câmbio.

Outro organismo internacional de suma importância para o comércio internacional, criado pelo Acordo de Breton-Woods é o Banco Mundial

1.2 Banco Mundial (BIRD)

O Banco Mundial foi criado para promover a reconstrução da Europa no pós-guerra. Logo, surgiu como uma organização internacional de fomento. Com o movimento de descolonização observado logo após,

notadamente na África e na Ásia, surgiu um grande número de Estados novos, porém subdesenvolvidos. A partir da criação da OCDE¹, o Banco Mundial passou a atuar em conjunto com esta. (FIORATI, 2006, p. 64).

Diante deste cenário, o Banco Mundial expandiu suas atividades para incluir o financiamento de projetos nestes novos países, bem como naqueles já considerados em desenvolvimento, deixando de ser uma exclusividade dos países ricos (dos quais se exige contrapartida) e desvinculando suas atividades da OCDE (FIORATI, 2006, p. 64). Esta expansão, vale ressaltar, não afastou o caráter de organismo internacional de fomento de projetos, porém, ampliou esta possibilidade de incentivos a países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento que, após a reconstrução da Europa, eram justamente os mais necessitados de recursos.

Atualmente, o Banco Mundial não é uma instituição única, mas composto de cinco organizações: O Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), a Associação de Desenvolvimento Internacional (IDA), a Corporação Financeira Internacional (IFC), a Agência Multilateral de Garantia de Investimento (MIGA) e o Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI – ICSID)². Com esta composição múltipla, o Banco Mundial passou a ser denominado Grupo Banco Mundial (PEREIRA, 1998, p. 87).

O CIRDI ou ICSID, vinculado ao BIRD, foi instituído pela Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, mais conhecida como Convenção de Washington, firmada na capital norte-americana em 1965. O objetivo da Convenção era “proporcionar uma alternativa eficaz e confiável para dirimir conflitos legais surgidos do relacionamento entre empresas privadas e Estados de diferentes nacionalidades” (PEREIRA, 1998, p. 87).

Esta alternativa era necessária diante do elevado fluxo de capitais privados para países em desenvolvimento (e subdesenvolvidos) e da falta

¹ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi criada pela Convenção para a Cooperação e Desenvolvimento de 1960, e entrou em funcionamento em 1961, com sede em Paris. A OCDE reúne os países mais desenvolvidos do mundo, que possuem o compromisso comum com a democracia e a economia de mercado. Neste sentido, a OCDE tem como missão: “contribuir para o crescimento sustentável da economia mundial, para o aumento do nível de emprego e para melhoria na qualidade de vida nos Estados membros, bem como para manter a estabilidade financeira, para promover o crescimento de países não membros e para expandir o comércio mundial em bases não discriminatórias por meio de regras estabelecidas multilateralmente” (PORTELA, 2015, p. 407-408). Daí depreende-se a evidente proximidade entre os objetivos da OCDE e do Banco Mundial, a justificar a atuação inicial conjunta.

² O CIRCI é mais conhecido pela tradução “Centro internacional para Resolução de *Disputas* sobre Investimentos” (CIRDI). Por todos, Fiorati (2006, p. 65).

de proteção destes capitais, sujeitos, nos países receptores, às medidas de nacionalização, expropriação ou discriminações fiscais e financeiras, sendo premente uma maior proteção destes investimentos estrangeiros (PEREIRA, 1998, p. 87-88). O CIRDI é, pois, um órgão promotor e gestor de mediações, conciliações e arbitragens entre empresas privadas e Estados, permitido inclusive àquelas o início dos procedimentos (PEREIRA, 1998, p. 88). É o que se convencionou chamar de arbitragens investidor-Estado.

De modo semelhante ao CIRDI, a MIGA também possui a função de proteger investidores dos riscos não comerciais (os riscos políticos e regulatórios), por meio da instituição de um sistema multilateral de garantias a estes ricos. A MIGA também é fonte de referências do IMA (Acordo Multilateral de Investimentos), que visa à desregulamentação e abertura do setor de investimentos (FIORATI, 2006, p. 65-66).

O BIRD e a IDA, por sua vez, são os órgãos do Grupo Banco Mundial voltados diretamente para empréstimos à países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com a finalidade de desenvolvimento comum e redução da pobreza. O BIRD foi criado diretamente pelo Acordo de Breton-Woods, voltado originalmente para a reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial, e sua história se confunde com a do Banco Mundial, sendo tratados inclusive como sinônimos³. Com efeito, o próprio Grupo considera que o BIRD e a IDA formam o chamado Banco Mundial, o maior banco de investimentos do globo (WORLD BANK, [2017])⁴. Para Portela, a IDA “oferece financiamentos sem juros aos países mais pobres do mundo” (2015, p. 409-410). Outro componente do denominado “Grupo Banco Mundial é a Corporação Financeira Internacional (International Finance Corporation – IFC), que “disponibiliza financiamentos ao setor privado” (PORTELA, 2015, p. 410).

O terceiro e último órgão do Regime de Breton-Woods é a Organização Internacional do Comércio (OIC ou ITO), e seu acordo conjunto, o GATT.

³ A exemplo de Portela (2015, p. 409).

⁴ Tradução nossa do original em inglês: “(...) As the largest development bank in the world, it supports the World Bank Group’s mission by providing loans, guarantees, risk management products, and advisory services to middle-income and creditworthy low-income countries, as well as by coordinating responses to regional and global challenges. Created in 1944 to help Europe rebuild after World War II, IBRD joins with IDA, our fund for the poorest countries, to form the World Bank. They work closely with all institutions of the World Bank Group and the public and private sectors in developing countries to reduce poverty and build shared prosperity.”

1.3 O GATT e a Organização Internacional do Comércio

Um primeiro passo para a criação de um órgão internacional de regulamentação do comércio foi dado pelos Estados Unidos, quando o país convidou quinze nações para “participarem de negociações definitivas para a redução das tarifas e de outras barreiras comerciais no pós-guerra” (DELGADO, 2009, p. 37). Dentre estes países estava o Brasil e, dentre todos os convidados⁵, somente a União Soviética não compareceu, o que foi interpretado como um desinteresse do país e de seu líder, Stalin, em participar de um esforço de multilateralismo liderado pelos EUA (DELGADO, 2009, p. 37). O distanciamento entre estas duas potências do pós-guerra e antigos aliados contra a Alemanha Nazista, evidenciados nesta recusa, culminou com a Guerra Fria e uma configuração geopolítica que perdurou até o início dos anos 1990, momento da criação da OMC.

As negociações propostas pelos Estados Unidos se iniciaram em reunião do Conselho Econômico e Social da ONU, em fevereiro de 1946, na qual os EUA apresentaram sua Suggested Charter for an International Trade Organization, um rascunho norte-americano para o documento fundante da nova Organização. Este rascunho, por sua vez, foi baseado nos Proposals for the Expansion of World Trade and Employment, de 1945⁶. Este documento defendia, por um lado, a liberalização econômica e, por outro, mecanismos de controle da economia⁷ (DELGADO, 2009, p. 31). A partir desta reunião, no âmbito das Nações Unidas, foi acordada a realização de uma Conferência sobre Comércio e Emprego e duas Conferências Preparatórias para a elaboração da Carta da ITO, além de um grupo de trabalho composto pelos países convidados pelos Estados Unidos para as negociações, acrescidos de Noruega, Chile e Líbano. A primeira Conferência ocorreu em Londres em 1946, e a segunda em Genebra, no ano de 1947 (DELGADO, 2009, p. 38).

A ideia original dos norte-americanos era apresentar na Conferência de Londres, juntamente com a formação da ITO, uma

⁵ Os demais países convidados foram Grã-Bretanha, União Soviética, França, China, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Checoslováquia e Cuba (DELGADO, 2009, p. 37).

⁶ Em tradução nossa, Propostas para a Expansão do Comércio e Emprego no Mundo.

⁷ Este documento refletia a visão do mundo almejada pelos estadunidenses, assim resumida: “era um mundo em que a melhoria do padrão de vida da população seria obtida através da restauração da maior medida possível de liberdade econômica, da reversão da experiência pré-guerra de estímulo ao isolacionismo econômico, e da resistência à tendência a estender os padrões de controle da economia de guerra ao mundo da paz” (DELGADO, 2009, p. 31).

proposta de acordo de tarifas, que viria a ser o GATT. Contudo, a proposta foi apresentada na Conferência seguinte, em Genebra. A intenção inicial era aprovar inicialmente o General Agreement, que funcionaria de forma autônoma e provisória até a entrada em funcionamento da ITO, quando ficaria vinculado à Organização, mas de forma independente de seu documento de fundação (DELGADO, 2009, p. 38-39).

O GATT foi aprovado na Conferência de Genebra de 1947. Contudo, a International Trade Organization, criada pela Carta de Havana de 1948, em Conferência na capital cubana, jamais entrou em funcionamento. Para Delgado (2009), isto ocorreu devido a concessões feitas no texto final para agradar tanto os países favoráveis ao livre-comércio quanto os mais resistentes, o que acabou por inviabilizar o sucesso da Organização. Logo, o GATT, que seria apenas provisório, vigorou de forma autônoma por décadas, até sofrer alterações e acréscimos e ser republicado no bojo da criação da OMC (GATT 1994). Ainda, uma mudança na composição e na mentalidade do Congresso dos Estados Unidos, mais protecionista, impediram que a ITO fosse implementada.

O Acordo Geral de Tarifas consiste em um tratado para regular o comércio internacional e um organismo para velar pela aplicação de seu conteúdo que, por sua vez, era composto apenas de um secretariado, sem personalidade jurídica (PORTELA, 2015, p. 418). Posto que o GATT seria parte da Organização Internacional do Comércio, não seria necessário o estabelecimento de uma estrutura organizacional em seu âmbito. Todavia, diante do “vazio” deixado pela ausência da ITO, o GATT, mesmo com uma diminuta estrutura organizacional (um Secretariado e um Diretor-geral, com sede em Genebra), funcionou como uma organização internacional autônoma, ou “de fato” (AMARAL JUNIOR, 2015, p. 425-426).

Os objetivos primordiais do Acordo podem ser assim sistematizados:

Estimular o comércio internacional por meio da promoção da liberdade no campo comercial, que implicaria a retirada ou redução das barreiras alfandegárias e não alfandegárias existentes nos diversos Estados do mundo. É nesse sentido que afirmamos que o princípio básico do GATT consistia na consagração da progressiva liberdade de circulação de mercadorias e no caráter excepcional das barreiras alfandegárias e não alfandegárias (...) (PORTELA, 2015, p. 418).

É nítido, pois, o objetivo de liberalização e facilitação do comércio mundial de mercadorias, uma demanda dos Estados Unidos desde o início

das tratativas com o Reino Unido para delinear a sua regulamentação, ainda durante a Segunda Guerra Mundial.

Neste sentido, o GATT trazia normas como o princípio da não discriminação, expresso na cláusula da nação mais favorecida, e a reciprocidade, o que reforçava a multilateralidade nas relações entre os países membros. Todavia, também com base na mesma “acomodação” desenvolvida para atender aos interesses das diversas nações, o GATT trouxe mecanismos que atenuavam a liberalização do comércio, e privilegiavam o controle dos Estados nacionais. (DELGADO, 2009, p. 170-171). Desse modo, serão aqui destacados os principais pontos do Acordo, que reflitam tanto as medidas para liberalização do comércio quanto as de caráter protecionista.

Com efeito, os princípios do GATT podem ser divididos em cinco. O primeiro é o Princípio da não-discriminação, que se manifesta na cláusula da nação mais favorecida e no tratamento nacional. A cláusula da nação mais favorecida se divide em incondicional e condicional. Esta última já existia nas negociações bilaterais anteriores ao Acordo, todavia, este buscou a multilateralização do princípio, prevendo sua aplicação para todos os países signatários (MARQUES, 2008, p. 267). O tratamento nacional pode ser assim caracterizado: “As importações deverão ter o mesmo trato que os produtos nacionais (os impostos e outros encargos, leis, regulamentos que afetam a compra e venda ou o uso de produtos, o transporte e a comercialização “não devem aplicar-se de forma que se proteja a produção nacional)” (MARQUES, 2008, p. 267).

O segundo é o princípio da reciprocidade, que “consiste na ideia de que quando um determinado país se beneficia da redução de tarifas decidida por outro país-membro, este deve corresponder efetuando reduções em suas tarifas “substancialmente equivalentes” (MARQUES, 2008, p. 267). Este princípio, devido a sua importância para o sucesso do Acordo, consta do preâmbulo da Ata Final da Conferência de Genebra, como base para a sua instituição (BRASIL, 1948)⁸. Outro princípio de

⁸ “Os Governos da Comunidade da Austrália, do Reino da Bélgica, dos Estado Unidos do Brasil, da Birmânia, do Canadá, do Ceilão, da República de Cuba, da República Tchecoslovaca, da República do Chile, da República da China, dos Estados Unidos da América, da República Francesa, da Índia, do Líbano, do Grão Ducado de Luxemburgo, do Reino da Noruega, da Nova Zelândia, do Reino dos Países Baixos, do Pakistan, do Reino Unido da Grã Bretanha e Irlanda do Norte, da Rodésia do Sul, da Síria e da União Sul-Africana. Entabularam em Genebra, em 10 de abril de 1947, negociações entre seus representantes, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras comerciais, e a eliminação de preferências, na base de reciprocidade e vantagens mútuas” (BRASIL, 1948).

relevo é o do mercado aberto, que se trata de uma norma geral de proibição de restrições a importações e exportações, restringindo os instrumentos de proteção à tarifa aduaneira. (MARQUES, 2008, p. 267). Este princípio, denominado pelo autor como mercado aberto, é mais conhecido como princípio da “eliminação das restrições quantitativas”, e é com esta denominação que consta no GATT⁹.

Por fim, o GATT tem como princípios o mercado limpo, que prevê a eliminação dos subsídios de exportação, em especial para produtos manufaturados, e a redução progressiva das tarifas e sua consolidação (MARQUES, 2008, p. 267). Considerando que se trata de um Acordo Geral de Tarifas e Comércio, este princípio é de grande importância, uma das principais bases do Acordo. Com efeito, a redução substancial das tarifas aduaneiras consta do preâmbulo da Ata Final, como motivação para sua própria existência. Esta redução se dará com base nas concessões feitas pelos países-membros uns aos outros em relação a tarifas, e no compromisso de que uma parte não imporá a outra tarifa em quantia acima da determinada, pela aplicação do princípio da nação mais favorecida (MARQUES, 2008, p. 267).

Sobre estes princípios, porém, está o princípio da transparência, parte do que Lafer, com base na doutrina norte-americana, denominou de “mecanismos e processos voltados para a construção da confiança mútua” ou *confidence building measures*. Para o autor, A “obrigação de notificar” é fundamental para a “segurança de expectativas” que, por sua vez, é crucial para o estado de direito e para as relações internacionais entre Estados (1998, p. 26-17). Nas exatas palavras de Lafer: “a publicidade expõe erga omnes políticas públicas jurídicas à luz de uma visível e assim não restrita ou secreta avaliação de sua razoabilidade” (1998, p. 27). A “obrigação de notificar” está prevista no artigo X do GATT¹⁰.

⁹ Para Fiorati, “o quinto princípio é conhecido como Eliminação das Restrições Quantitativas. Não poderá haver nenhuma restrição ou proibição efetivada por meio de quotas, licenças de importação e exportação ou outras medidas sobre importações ou exportações de produtos, bem como são proibidas barreiras não tarifárias e somente barreiras tarifárias devem ser utilizadas como elemento de proteção (...)” (2006, p. 80-81).

¹⁰ “¹) As leis, regulamentos, decisões judiciais e administrativas de aplicação geral, adotados por qualquer Parte Contratante e que visem a classificação ou avaliação dos produtos para fins aduaneiros, às tarifas de Alfândegas, taxas e outras despesas, ou às prescrições, restrições ou interdições de importação ou de exportação, ou a transferência de pagamentos que lhes digam respeito, ou que se refiram à sua venda, sua distribuição, seu transporte ou seu seguro, ou à sua estadia em entreposto, sua inspeção, sua exposição, sua transformação, sua mistura ou outras utilizações, serão prontamente publicados de maneira a permitir aos Governos ou aos comerciantes deles tomar conhecimento. Os acordos em vigor entre o Governo ou um órgão governamental de qualquer Parte Contratante e o Governo ou um órgão governamental de uma outra Parte Contratante

Contudo, estes princípios, nitidamente voltados para favorecer as trocas de mercadorias, foram temperados com algumas medidas de cunho protecionista, a fim de salvaguardar interesses dos Estados, bem como proteger as respectivas economias e empresas nacionais de situações de instabilidade. A Grã-Bretanha, desde o início das negociações com os Estados Unidos, manifestou preocupações com a preservação do emprego e renda internos e com o equilíbrio da balança de pagamentos, e não via com o mesmo entusiasmo dos norte-americanos a liberalização do comércio (DELGADO, 2009). Assim, estes receios passaram para o GATT, como exceções a aplicação de suas normas liberalizantes.

Há no acordo uma cláusula de exceções gerais, consubstanciada no artigo XX. Nas palavras de Amaral Junior, o referido dispositivo

consagrou as exceções gerais, ao dispor que nada no Acordo deve impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal; o comércio de ouro e prata, a proteção de marcas, patentes e direitos de autor; tesouros artísticos e históricos, recursos naturais e exauríveis e a garantia de bens essenciais (2015, p. 433).

A par das exceções gerais, há exceções pontuais previstas em outros artigos do GATT. O artigo XII traz as restrições para proteção da balança de pagamentos, uma preocupação especialmente dos britânicos:

Não obstante as disposições do 1º do art. XI, qualquer parte contratante, visando salvaguardar sua posição financeira exterior e a sua balança de pagamentos, poderá restringir o volume ou o valor das mercadorias cuja importação autorizar, ressalvadas as disposições dos parágrafos seguintes do presente artigo (BRASIL, 1948).

Por outro lado, os parágrafos do artigo limitam estas restrições a ameaças de baixa ou de baixa efetiva nas reservas monetárias e a composição de reservas monetárias com base em um razoável parâmetro de crescimento. O artigo também determina que os Estados que tomem

que afetem a política econômica internacional serão igualmente publicados. O presente parágrafo não obrigará uma Parte Contratante a revelar informações de ordem confidencial que constituam obstáculo à aplicação das leis ou que, por outro lado, sejam contrários ao interesse público ou tragam prejuízo aos interesses comerciais legítimos de empresas públicas ou particulares. 2) Nenhuma medida de ordem geral, que possa tomar uma Parte Contratante e que tenha por consequência uma elevação do nível de um direito alfandegário ou de outra taxa imposta à importação em virtude de usos estabelecidos e uniformes, ou da qual resume uma prescrição, uma restrição ou uma interdição novas ou agravadas em matéria de importação ou de transferência de fundos relativos a uma importação deverá ser posta em vigor antes de ter sido publicada oficialmente” (BRASIL, 1948).

as referidas medidas restritivas devem atenuá-las de forma progressiva, conforme a melhora da situação. O artigo também prevê que as partes levem em conta as dificuldades a serem enfrentadas por alguns países no pós-guerra (BRASIL 1948), em uma preocupação pertinente para a época, 1947, quando a Europa, em especial, ainda se reerguia do conflito.

Outra importante previsão de cunho protecionista do GATT são as exceções ao princípio da não discriminação. Nos termos do artigo XIV:

As partes contratantes reconhecem que quando um desequilíbrio profundo e geral afeta o comércio e os pagamentos internacionais, uma parte contratante que aplica restrições em virtude do artigo XII pode, se estiver autorizada a derogar as disposições do artigo XIII¹¹, achar-se em condições de aumentar suas importações provenientes de certas fontes sem reduzir excessivamente suas reservas monetárias. As partes contratantes reconhecem igualmente que é preciso limitar estritamente essas derrogações, a fim de não perturbar o restabelecimento do comércio internacional multilateral (BRASIL, 1948).

Todavia, o próprio dispositivo exige cautela dos países que empregarem estas exceções para não comprometer o desenvolvimento do comércio multilateral internacional. Depreende-se, pois, que o GATT também buscou, como a Carta de Havana que criou a ITO, equilibrar medidas de livre-comércio e protecionistas. Todavia, este equilíbrio, aliado a precariedade de sua vigência (pois fazia parte da ITO), foram fundamentais para sua durabilidade, uma vez que não granjeava tanta oposição da nova composição do Congresso dos EUA após 1948, mais protecionista que a anterior (DELGADO, 2009, p. 169-170).

Quanto à solução de controvérsias comerciais, o GATT carecia de uma estrutura institucional para tanto, diversamente do que ocorre, atualmente, com a OMC. Entretanto, os artigos XXII e XXIII traziam um modelo de consultas entre os Estados-partes, que deveriam, obrigatoriamente, receber e examiná-las “com espírito de compreensão”

¹¹ O artigo XIII prevê a “aplicação não discriminatória das restrições quantitativas”, nos seguintes termos: “1. Nenhuma proibição ou restrição será aplicada por uma parte contratante à importação de um produto originário do território de outra parte contratante ou à exportação de um produto destinado ao território de outra parte contratante a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação do produto similar originário de todos os outros países ou à exportação do produto similar destinado a todos os outros países. 2. Na aplicação das restrições à importação de um produto qualquer, as partes contratantes esforçar-se-ão por chegar a uma repartição do comércio desse produto que se aproxime tanto quanto possível da que, na ausência dessas medidas, as diferentes partes contratantes teriam o direito de esperar (...)” (BRASIL, 1948).

(BRASIL, 1948). Na ausência de um acordo, as partes em litígio poderiam submeter a questão às demais partes, que teriam o poder de suspender, em situações graves, a “aplicação de qualquer obrigação ou concessão resultante do presente Acordo”. Neste caso, o Secretário Geral das Nações Unidas deveria ser notificado da intenção de qualquer parte em denunciar o GATT (BRASIL, 1948).

Na falta de um órgão estruturado, e da previsão no próprio Acordo de compromissos bilaterais ou multilaterais entre os países, a operação do GATT se dava por meio de rodadas de negociação. Esta característica abriu margem para a criação de uniões aduaneiras e espaços de livre-mercado, formando os denominados blocos econômicos (DELGADO, 2009, p. 170-171), um *player* fundamental na atual configuração do comércio internacional.

Dentre estas rodadas, destaca-se a Rodada Uruguai, iniciada em 1986, uma vez que seu final, em 1994, culminou com a criação da OMC, e o fim do GATT em sua concepção original.

2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

A Rodada Uruguai teve como documento final a chamada “Ata de Marraqueche” ou “Acordo de Marraqueche”, pois, apesar de se iniciar no país sul-americano, teve sua conclusão na referida cidade marroquina. Desse modo, o Acordo de criação da OMC faz parte da Ata de Marraqueche. Todavia, as negociações permitiram a celebração de acordos sobre temas variados, como têxteis, agricultura, serviços, propriedade intelectual e investimentos na área do comércio. Estes acordos refletiam à transformação ocorrida na economia internacional no início da década de 1990 (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 430). Nestes acordos, buscou-se “compatibilizar as reivindicações dos países em desenvolvimento, que pleiteavam a redução dos subsídios e a liberalização do setor têxtil e a pretensão dos países desenvolvidos de concluir tratados multilaterais sobre temas como serviços e propriedade intelectual”. (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 430).

Estes acordos firmados na Rodada Uruguai se juntaram a negociações que provocaram modificações ao texto do GATT que, somadas às alterações já ocorridas em outras Rodadas, foram consolidadas em um novo Acordo Geral de Tarifas e Comércio, o GATT 1994, que consiste

numa série de acordos que manteve o primeiro texto do GATT, introduzindo, porém, significativas mudanças em seu teor. Tais alterações constam da Ata de Marraqueche (Marrocos) que abrange não só o GATT 1947 [como passou a ser denominado o Acordo original], como as alterações que este sofreu, os acordos comerciais celebrados em decorrência da Rodada Uruguai e os anexos e entendimentos relativos a diversos dispositivos do GATT 1947 (PORTELA, 2015, p. 418).

A Organização Mundial do Comércio foi a primeira organização transnacional criada após a Guerra Fria, e refletiu o fim da bipolarização entre leste e oeste (e entre União Soviética e Estados Unidos), o crescimento das empresas globais, um aumento nos acordos regionais e uma menor separação entre o meio internacional e o meio interno de cada Estado (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 430). A Organização, com sede em Genebra, Suíça, é, pois, reflexo de seu tempo, do fenômeno da globalização e de seus efeitos sobre a ordem econômica e política mundiais. Neste novo cenário, era necessária a elaboração de um “conjunto harmônico de regras que pudessem nortear as condutas dos agentes internacionais no comércio global” (FIORATI, 2006, p. 69), centrado na OMC.

Também se fazia necessária a criação de novas regras sobre temas não tratados no GATT de 1947, como serviços, agricultura e propriedade intelectual (FIORATI, 2006, p. 69), temas estes que, como já visto, eram demandas de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Com efeito, estes novos temas passaram a compor o GATT 1994, bem como outros acordos multilaterais, paralelos a ele, criados na Rodada Uruguai e constantes do Ata de Marraqueche como anexos. O GATT 1994 é o primeiro Anexo à Ata, e é considerado “norma geral” sobre os demais Acordos, “normas especiais”. Tal classificação é nítida pelo disposto na “nota interpretativa geral sobre o Anexo 1A”: “no caso de conflito entre uma disposição do GATT 1994 e uma disposição de qualquer acordo incluído no Anexo 1A (...) a disposição deste último acordo prevalecerá no tocante ao conflito” (BRASIL, 1994a, p. 19).

O Anexo 1^a é composto por entendimentos sobre pontos e interpretações de dispositivos do GATT 1994, além de treze Acordos sobre temas específicos. Aqui serão tratados os Acordos de maior relevância.

O GATS (*General Agreement on the Trade in Services*, ou Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços) visa regulamentar o comércio de serviços, exceto os prestados por autoridades governamentais, ou seja, o

que não seja prestado no mercado. O GATS busca aumentar a participação dos países em desenvolvimento no comércio internacional de serviços, em especial “por meio do acesso à tecnologia em bases comerciais, e à liberalização do acesso aos mercados nos setores e modos de prestação de interesse de suas exportações” (PORTELA, 2015, p. 427).

Outro acordo de relevância estabelecido em Marraqueche foi o TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* ou Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), uma demanda dos países desenvolvidos. O TRIPS tem como objetivo estabelecer um *standard* internacional mínimo para a proteção de direitos intelectuais, incluindo, além dos direitos de autor e seus conexos, “marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuitos integrados e informações confidenciais” (PORTELA, 2015, p. 427-428), partindo do pressuposto de que esses direitos são de natureza pública. Entretanto, o Acordo torna claro que a proteção aos direitos de propriedade intelectual não poderá ser utilizada como barreira ao livre comércio, e deve ser pautada pela necessidade de contribuição para a difusão e transferência de tecnologias, bem como para o incremento da inovação tecnológica (PORTELA, 2015, p. 428).

O TRIMS (*Trade Related Investment Measures* ou Acordo Sobre Medidas de Investimento) mantém, em linhas gerais, os princípios de comércio internacional previstos no GATT, e, no seu mérito, “reúne um conjunto de regras que visa a regular a relação entre o comércio internacional e o investimento, evitando que políticas econômicas estatais nesse campo estabeleçam restrições e distorções que acabem por violar as regras do GATT/OMC” (PORTELA, 2015, p. 430). Dentre estas restrições, estão a obrigação de aquisição, por parte das empresas investidoras, de insumos locais ou uso de matérias-primas locais, bem como restrições cambiais e à remessa de lucros para o exterior (PORTELA, 2015, p. 431).

Por outro lado, o TRIMS busca facilitar o fluxo de investimentos pelo mundo, visando contribuir com o comércio e desenvolvimento mundiais. Entretanto, o Acordo traz ressalvas com vistas a proteger países em desenvolvimento, concedendo a eles prazos de vigência mais dilatados e outras condições especiais, como já ocorrera com o GATT (PORTELA, 2015, p. 431). Vale ressaltar que a principal arena de solução de controvérsias envolvendo a matéria, em especial quanto a disputas envolvendo Estados receptores de investimentos e investidores

estrangeiros é o CIRDI ou ICSID, órgão vinculado ao Banco Mundial e oriundo do sistema de Breton-Woods.

Um Acordo Anexo de grande relevância é o Acordo Sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures – SPS*). O documento reconhece o direito e a necessidade de os Estados estabelecerem regras e limitações nas áreas sanitária e fitossanitária, possuindo como um de seus objetivos a melhoria da saúde humana e animal e da “situação sanitária em todos os países” (PORTELA, 2015, p. 431). Porém, o SPS visa evitar que estas regras sejam utilizadas de forma abusiva, ou seja, se constituam em obstáculos velados ao comércio mundial e em instrumento de discriminação arbitrária ou injustificada entre os Estados, exigindo que as restrições tenham embasamento científico e sejam tomadas apenas na medida necessária para a proteção da saúde humana, animal ou vegetal. Para esta finalidade, tem como um de seus objetivos a uniformização destas regras sanitárias e fitossanitárias (PORTELA, 2015, p. 431).

Outro acordo de relevo anexo à Ata de Marraqueche é o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT – *Agreement on Technical Barriers to Trade*). Para Paulo Henrique Gonçalves Portela,

fundamentalmente, o TBT reconhece o direito de os Estados estabelecerem requisitos técnicos e processos de certificação e aprovação de mercadorias oriundas de outros países, para que estas possam ingressar em seus mercados, ou de bens produzidos em seus próprios territórios que se destinem a mercados externos (PORTELA, 2015, p. 432).

Todavia, o TBT busca evitar que estas exigências criem barreiras injustificáveis ao comércio internacional e, para tanto, limita-as no tempo (“apenas enquanto forem necessárias”), e materialmente, restringindo-as às funções de atender a um “objetivo legítimo”, que envolva segurança nacional, a proteção a vida humana, animal, vegetal ou ao meio ambiente. Também, objetiva uma uniformização das normas entre os Estados (PORTELA, 2015, p. 432).

Nota-se, portanto, que os Acordos Anexos seguem um padrão: têm como objetivos principais a regulamentação de setores sensíveis do comércio, a busca por uma maior liberalização e por uniformização das normas internas de cada Estado sobre a circulação de bens, mercadorias e serviços. Em termos de regulamentação, conferem certa liberdade aos países, para que possam atender a seus respectivos interesses nacionais

ou remediar situações de crise; por outro, lado, traçam “margens de manobra”, limites para que os Estados não comprometam o livre-mercado com medidas excessivamente protecionistas. Alguns dos Acordos, em especial o TRIPS e o SPS, tratam de temas considerados exceções gerais pelo GATT 1947, agora devidamente regulamentados.

Há, ainda, como Anexo à Ata de Marraqueche um Acordo sobre Agricultura, tema não previsto no GATT 1947. O Acordo sobre a Agricultura segue o padrão dos demais acordos, entretanto, leva em consideração, pelas suas peculiaridades, a segurança alimentar e a proteção ao meio ambiente. Ainda, este Acordo traz uma preocupação maior com os países-membros da OMC em desenvolvimento, ao prever que os países-Membros desenvolvidos devem levar em consideração às necessidades daqueles, “ao proporcionarem uma melhoria de oportunidades e condições de acesso para produtos agrícolas de interesse de tais países Membros”, incluindo uma ampla liberalização comercial de produtos tropicais e de especiais interesses de cada país em desenvolvimento, além de uma regulamentação e limitação de subsídios agrícolas, esta última medida mais voltada aos países desenvolvidos (BRASIL, 1994a, p. 41; p. 48-49).

Por fim, há um Acordo específico para tratar dos subsídios, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. O Acordo traz uma definição de subsídios, sendo estes, em síntese do artigo I, contribuições financeiras de um governo ou órgão público no interior de seu respectivo Estado, por meio da transferência direta de valores, renúncia de receitas (i.e., isenções fiscais), fornecimento ou aquisição de bens e serviços ou transferência indireta de valores por meio de fundos (BRASIL, 1994a, p. 296). Há também, uma classificação de subsídios, em subsídios específicos, proibidos, recorríveis e irrecorríveis, os recursos cabíveis e como são tomados, além de medidas compensatórias aos países lesados, como estas são solicitadas e outras normas relevantes para a matéria, como exemplos de subsídios (BRASIL, 1994a, p. 297 - 351).

Apesar da fragmentação de fontes normativas e de assuntos tratados, todos os Acordos são integrantes de um único sistema, controlado por uma única instituição: A Organização Mundial do Comércio. Nos termos do artigo II, parágrafo 1º do Acordo de Marraqueche, “a OMC constituirá o quadro institucional comum para a condução das relações comerciais entre seus Membros nos assuntos relacionados com os acordos e instrumentos legais conexos incluídos nos anexos ao presente Acordo” (BRASIL, 1994a, p. 6). Para Celso Lafer,

Essa dimensão institucional explica por que o sistema da OMC contém, além de normas de *comportamento*, normas de *organização*, isto é, normas que conduzem juridicamente à convergência dos Estados para a promoção de propósitos comuns (...). essas normas circunscrevem a competência discricionária das soberanias nacionais e têm por objetivo promover interesses comuns através da expansão da produção e comércio de bens e serviços (LAFER, 1998, p. 24-25, grifos do autor).

Com efeito, o GATT 1947 trazia apenas “normas de comportamento”, ou seja, normas para promover a liberalização do comércio e limitar as medidas estatais de cunho protecionista, bem como lançou bases para a criação de acordos bilaterais e multilaterais de comércio. A OMC traz, de fato, normas de organização, consubstanciadas na Ata de Marraqueche, e segue princípios também previstos na Ata.

Os princípios-base que nortearam o GATT 1947 continuaram pautando a criação e posterior atuação da OMC¹². Todavia, o princípio da eliminação das restrições quantitativas, que restringe a limitação de circulação de mercadorias às barreiras tarifárias, tem como exceções, no âmbito da OMC, os setores de agricultura e têxteis (FIORATI, 2006, p. 80-81), não incluídos no primeiro Acordo Geral de Tarifas, no quais são possíveis outras medidas internas de proteção e estímulo de produção, a exemplo dos subsídios agrícolas.

Outro princípio que obteve maior destaque na criação da OMC foi o da “lista de concessões”. Com base neste princípio, os países, na data de ratificação da Ata de Marraqueche, devem apresentar uma lista de produtos e sua respectiva tributação máxima que deverá ser aplicada no comércio internacional, e o Estado deverá conceder tratamento não menos favorável ao previsto na lista de concessões no comércio com outros países (FIORATI, 2006, p. 80). Por fim, o princípio da transparência, presente no artigo X do GATT 1947, foi mantido no Acordo de 1994, e reforçado, no âmbito da OMC, pela “Decisão sobre Procedimentos de Notificação” da Rodada Uruguai (LAFER, 1998, p. 27).

Como uma organização estruturada e centralizadora das questões comerciais mundiais, a OMC, diferentemente do GATT 1947, possui também um sistema ou mecanismo de solução de controvérsias, todavia baseado no modelo delineado nos artigos XXII e XXIII do antigo Acordo de Tarifas. O mecanismo da OMC está centrado ESC (Entendimento para

¹² Item 2.3. *supra*, p. 8-9.

Solução de Controvérsias), “suplantando todas as demais instituições internacionais quando se trata de negócios entre os países, e servindo como ponto de convergência de todos os assuntos ligados a esta seara” (FIORATI, 2006, p. 98).

Com o mecanismo de solução de controvérsias, as disputas comerciais, comumente resolvidas no passado pelo uso da força militar, passaram para a “guerra comercial”, na qual os governos atacam as irregularidades praticadas pelos outros países e defendem seus interesses próprios ou de seus nacionais por meio do conhecimento jurídico e da habilidade argumentativa (FIORATI, 2006, p. 2006).

O Brasil, signatário original do GATT, também participou da Rodada Uruguaia e é um dos signatários do Acordo de Marraqueche e, conseqüentemente, país fundador da OMC. O Acordo de Marraqueche e seus anexos foram publicados no país por meio do Decreto 1.335, de 30/12/1994) (BRASIL, 1994b). Todavia, o GATT não conferiu atenção especial aos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, sendo pautado pelo princípio da reciprocidade puro, afeto ao direito internacional clássico. Algumas mudanças foram tomadas já no âmbito do GATT, notadamente após a adoção do sistema de preferências pela UNCTAD¹³, porém, mesmo com a criação da OMC, as medidas voltadas a promover uma maior participação e proteção dos países não desenvolvidos ainda são consideradas “exceções à regra” e insuficientes, mesmo com a existência do mecanismo de solução de controvérsias (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 442-446).

CONCLUSÃO

A Segunda Guerra Mundial foi um marco histórico para a construção do atual modelo econômico global. Após o conflito, os países europeus se depararam com a urgente necessidade de reconstruir o continente destruído, e os países ocidentais, de modo geral, buscavam formas de retomar o

¹³ *United Nations Conference on Trade And Development* (Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio e Desenvolvimento, em tradução nossa). É um órgão intergovernamental permanente do sistema ONU, criado em 1964 pela Assembleia Geral, e tem como objetivos apoiar países em desenvolvimento a usufruir os benefícios de uma economia globalizada de uma forma mais justa e eficaz, e auxiliá-los a equiparem-se para lidar com os potenciais efeitos colaterais de uma maior integração econômica (tradução nossa do original em inglês: “We support developing countries to access the benefits of a globalized economy more fairly and effectively. And we help equip them to deal with the potential drawbacks of greater economic integration (...). UNCTAD is a permanent intergovernmental body established by the United Nations General Assembly in 1964” (UNITED NATIONS, sem data).

caminho do desenvolvimento, e isto se deu por meio da cooperação econômica e comercial, com uma maior liberalização dos mercados.

Os Estados Unidos, emergente potência da Segunda Guerra, eram, por um lado, o país mais entusiasta na abertura comercial, e, por meio de negociações ainda durante o conflito com a Grã-Bretanha, e no pós-guerra com outros países, alcançaram parcialmente seus objetivos por meio dos Acordos de Breton-Woods, com a criação do FMI e do Banco Mundial e, posteriormente, com a assinatura do GATT. Por outro lado, a socialista União Soviética, outra potência emergente da Segunda Guerra, recusou este esforço de cooperação liderado pelos Estados Unidos. Fatalmente, as duas potências entraram em rota de choque, em um período que perdurou por quase toda a segunda metade do século XX, conhecido como Guerra Fria.

Todavia, em 1989, se inicia o colapso do bloco socialista soviético e, em poucos anos, a União Soviética se dissolve, os países do leste europeu, então integrantes do bloco socialista, se afastam da Rússia e se aproximam do bloco ocidental, incrementando o movimento de maior abertura de mercados e liberalização do comércio, já potencializado pela globalização. Neste cenário, a Rodada Uruguaí se encerra com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), quando, enfim, é bem-sucedida a proposta, já aventada no regime de Breton-Woods, de criar uma organização global para a regulamentação do comércio.

A OMC prosseguiu com o propósito do GATT 1947 de promover maior abertura dos mercados e regulamentar o comércio, de forma mais ampla, contudo, pois regulamenta, além do comércio de mercadorias, a circulação de serviços, a propriedade intelectual e os investimentos estrangeiros. Com efeito, nenhuma das instituições criadas (e efetivamente implantadas) com base na Conferência de Breton-Woods era capaz de cumprir de forma adequada a função de regulamentar este comércio globalizado. Logo, era necessária a criação de um novo organismo internacional para esta finalidade, e assim foi feito por meio da OMC.

A globalização também foi responsável por relativizar o modelo de relações internacionais baseado na Paz de Vestfália, pois, como já analisado, as esferas internacional e interna passaram a ser praticamente indissociáveis, e isto provocou, além da criação de uniões aduaneiras e mercados comuns, os chamados blocos econômicos, a necessidade de um espaço mundial de negociações e de solução de controvérsias entre os Estados, função esta que coube também à OMC.

Contudo, este modelo baseado no trio OMC-FMI-Banco Mundial possui limitações e não vem cumprindo adequadamente suas funções. A integração econômica promovida por estes órgãos trouxe, como efeitos colaterais, uma instabilidade dos mercados financeiros e flutuações cambiais, que estes buscam combater com base em princípios do livre-mercado. Outro ponto é a falha deste sistema em promover um regime de desenvolvimento e bem-estar social que atenda de melhor forma os países mais pobres, o que promoveu reações de países como a Malásia que, ainda nos anos 90, promoveu medidas de controle de capitais (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 448).

Mais recentemente, a crise global de 2008, provocada pela quebra dos grandes bancos de investimentos dos Estados Unidos e comparável à crise de 1929, intensificou movimentos protecionistas. Estes movimentos se verificam, inclusive, em países desenvolvidos e tradicionalmente engajados com os ideais de globalização e livre-mercado. Dentre eles está os Estados Unidos, grande incentivador da abertura comercial no pós-guerra que, no mandato do atual presidente, vem adotando medidas de cunho protecionista e anti-globalista. Outro sintoma deste fenômeno é a programada saída do Reino Unido da União Europeia, símbolo da integração econômica do pós-guerra, conhecida como “Brexit”. Estes movimentos evidenciam a necessidade de ajustes que devem ser feitos no sistema global de comércio, e os desafios constantes que a OMC e demais organizações internacionais devem enfrentar.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, A. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Ata Final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguai**. Marraqueche, em 15 de abril de 1994 (anexo ao Decreto 1.335, de 30 de dezembro de 1994). Brasília – DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1355-94.pdf. Acesso em: 16 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 1.335, de 30 de dezembro de 1994**. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

BRASIL. **Lei nº 313, de 30 de julho de 1948.** Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acôrdo Geral sôbre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1948. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L313.htm. Acesso em: 16 dez. 2017.

Brasília-DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm. Acesso em: 16 dez. 2017.

DELGADO, N. G. **O regime de Breton Woods para o comércio mundial:** origens, instituições e significado. Rio de Janeiro: EDUR-UFRRJ; Mauad X, 2009.

FIORATI, J. J. **Direito do comércio internacional:** OMC, telecomunicações e estratégia empresarial. Franca: UNESP- FHDSS, 2006.

FIORATI, J.J. A avaliação dos riscos na sociedade reflexiva, *in*: **Avaliação de Riscos e solução de conflitos no Direito do Comércio Internacional.** Jete Jane Fiorati (org.). São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2015, p. 11-30.

LAFER, C. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional:** uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MAGALHÃES, J. C. Lex Mercatoria: evolução e posição atual. **Revista dos Tribunais**, v. 709, p. 42-45, São Paulo, 1994.

MARQUES. O sistema multilateral de comércio do GATT: Regulação e evolução. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 178, p. 261-269, Brasília-DF, 2008, abr. - jun. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176534>. Acesso em: 15 dez. 2017.

PEREIRA, C. T. O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID). **Revista de Informação Legislativa**, v. 35, n. 140, p. 87-93, Brasília-DF, 1998, out. – dez. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/420>. Acesso em: 15 dez. 2017.

PORTELA, P. H. G. **Direito internacional público e privado:** Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

UNITED NATIONS. United Nation's Conference on Trade And Development (UNCTAD). **About UNCTAD.** Genebra, Suíça. Disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/aboutus.aspx>. Acesso em: 16 dez. 2017.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A TUTELA DOS TRABALHADORES: ASPECTOS RELEVANTES DO RISCO INERENTE À ATIVIDADE LABORAL E DA INTERDEPENDÊNCIA DE OUTROS RAMOS DO DIREITO NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

THE LABOUR ENVIROMENT AND THE WORKER PROTECTION: RELEVANT ASPECTS OF THE RISK INHERENT IN THE LABOR ACTIVITY AND THE INTERDEPENDENCE WITH OTHERS BRANCHES OF LAW TO ACCOMPLISHMENT THE PROTECTION PRINCIPLE

Luiz Henrique Sormani Barbugiani *

SUMÁRIO: Introdução. 1 O meio ambiente do trabalho e os princípios da prevenção e da precaução. 2 O Meio ambiente do trabalho e a projeção de redução dos riscos inerentes ao trabalho. 3 O meio ambiente do trabalho e os direitos individuais, coletivos e difusos. 4 A sociedade de risco e a evolução da responsabilização. 5 Os princípios da precaução e da prevenção aplicados com razoabilidade e proporcionalidade na sociedade de risco. 6 A proteção não se restringe à edição de normas. 7 O caráter multidisciplinar da proteção do meio ambiente do trabalho no âmbito jurídico. Conclusão. Referências.

RESUMO: No ambiente do trabalho, as atividades laborais são desenvolvidas submetendo os trabalhadores a prejuízos em potencial à saúde, à segurança e à higiene inerentes à sociedade de riscos da era hodierna. Normas foram editadas para proteger o trabalhador, mas isso não se mostrou suficiente para garantir uma efetiva tutela ao meio ambiente laboral. Outros instrumentos como os princípios da prevenção e da precaução em coordenação com a atuação multidisciplinar de diversos ramos jurídicos é medida que se impõe na busca por um meio ambiente do trabalho equilibrado, assegurando efetivamente a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: meio ambiente. riscos. tutela do trabalhador. multidisciplinariedade.

ABSTRACT: *In the work environment, the activities are developed by subjecting workers to potential harm to the health, safety and hygiene inherent in the today's risk society. The standards have been edited to protect the worker, but it was not enough to ensure an effective protection to the environment workplace. Other instruments, such as the prevention and the precautionary principles in coordination with the multidisciplinary approach of various branches of law is an essencial attitude for a balanced work environment and an effectively ensuring of the human dignity.*

Keywords: *environment. risks. worker protection. multidisciplinary.*

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Mestre em Antropologia pela Universidade de Salamanca. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil, Direito Material e Processual do Trabalho, Direito Tributário, Ciências Penais, Direito Sanitário e Saúde Pública. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior – Seção brasileira da “Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale” – SIDTSS. Membro da Academia Brasileira de Direito do Estado. Procurador do Estado do Paraná. Ex-Procurador de Municípios no Estado de São Paulo.

Artigo recebido em 30/10/2019 e aceito em 04/11/2019.

Como citar: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. O meio ambiente do trabalho e a tutela dos trabalhadores: aspectos relevantes do risco inerente à atividade laboral e da interdependência de outros ramos do Direito na concretização do princípio da proteção. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 143-166. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

No meio ambiente do trabalho, a proximidade com os perigos e riscos reflete o cotidiano dos trabalhadores que permanecem durante longos períodos de oito horas ou mais à disposição do empregador em locais penosos, perigosos ou insalubres.

Há evidentemente diversas normas e doutrinas que, sensibilizadas com a situação laboral dos empregados e demais pessoas submetidas ao ambiente, procuram promover uma adequada tutela da saúde, higiene e segurança desses indivíduos.

A experiência com a singela edição de normas tutelares necessita de remodelação, com a concretização efetiva do princípio tutelar por meio da adoção de instrumentos multidisciplinares de proteção do trabalhador amparado em outros ramos jurídicos e não apenas no direito do trabalho.

Esse estudo pretende analisar a situação global vivenciada no meio ambiente do trabalho e apreciar algumas medidas tendentes a viabilizar a reformulação das políticas públicas até então adotadas no intuito de alcançar, com maior precisão, o objetivo maior da prevenção e precaução de lesões aos trabalhadores na sociedade de risco, em atenção à dignidade humana e, conseqüentemente, ao trabalho digno que pressupõe qualidade de vida numa aceção ampla.

1 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

O meio ambiente do trabalho encontra-se presente no convívio de todos os cidadãos direta (trabalhadores e empregadores) ou indiretamente (familiares, clientes, fornecedores etc.) interagindo com o meio ambiente natural, artificial e cultural em proporções incomensuráveis e, na maioria das vezes, em caráter cumulativo e encadeado com diversos fatores endógenos e exógenos, que recomendam a adoção dos princípios da precaução e prevenção.

Inúmeros são os princípios de caráter tutelar do trabalhador, especialmente no meio ambiente do trabalho, contudo, há uma ineficiência na aplicabilidade de tais preceitos devido a diversos fatores que prejudicam a proteção efetiva dos direitos dos obreiros.

O princípio da compatibilidade vertical, identificado pela doutrina no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, impede que leis

infraconstitucionais venham a piorar os direitos dos trabalhadores, sendo certo que esse óbice, da mesma forma, não permite a edição de emendas constitucionais de caráter precarizador da relação de trabalho, o que engloba o meio ambiente. (BRANDÃO, 2010, p. 24).

O meio ambiente humano, segundo Guilherme Guimarães Feliciano (2011, p. 141), sob a ótica da Conferência de Estocolmo, em 1972, consubstancia-se numa *Gestalt*, congregando o meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, não se tratando de fenômenos incomunicáveis por serem faces da mesma realidade, ou melhor, constitui-se num verdadeiro amalgama em que a compreensão do todo não dispensa as partes numa interconexão e interdependência contínua.

Devido à extensão dos danos ambientais geralmente de natureza reiterada, grave e irreversível, há evidente proeminência das práticas preventivas de cunho extrajudicial e judicial. (FELICIANO, 2011, p. 142-143).

Tereza Ancona Lopez (2010, p. 1225-1226), ao tratar do princípio da prevenção, relaciona-o com um risco concreto, real e palpável de dano, que se aproxima do termo perigo, enquanto identifica o princípio da precaução a um risco abstrato, hipotético e potencial, que poderá num futuro ensejar danos irreversíveis e de conotação grave.

O princípio da prevenção tem origem na Declaração de Estocolmo, de 1972, enquanto o da precaução aparece na Declaração do Rio, de 1992, sendo o primeiro ligado à certeza científica, como a determinação de que as indústrias usem filtros para impedir a liberação de poluentes na natureza ou o adicional de insalubridade, que aumentando o custo da atividade almeja reduzir o seu uso pelo empresariado. (FELICIANO, 2011, p. 143-144).

O princípio da precaução, por sua vez, insere-se no âmbito da incerteza científica, visando evitar o dano irreversível. (FELICIANO, 2011, p. 144).

Esse princípio, ao demonstrar maior cuidado e atenção aos riscos de danos ao meio ambiente derivados de uma ação de índole humana, ganhou contornos nos anos 70 do século passado, mais precisamente na Alemanha, com a maior preocupação com medidas tendentes a diminuir os prejuízos ambientais decorrentes das atividades econômicas, posteriormente, refletindo no âmbito internacional e no ordenamento jurídico dos demais países, contudo, sem a delimitação de um conceito ou definição precisa, devido à ausência de consenso. (ANTUNES, 2007, p. 42-43).

Um exemplo extraído da jurisprudência francesa foi julgado pelo Tribunal de Grasse, em 2003, situação em que o princípio da precaução e os direitos de vizinhança ensejaram a retirada de uma antena de celular, em virtude do risco hipotético oriundo da incerteza científica. (LOPES, 2010, p. 1224).

Com base no artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/81, Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p. 13) define meio ambiente do trabalho como:

[...] o conjunto (=sistema) de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psicológica que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem.

A tutela da saúde, segundo a concepção adaptada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), “não se limita apenas à ausência de doença ou enfermidade, abrangendo também um completo estado de bem-estar físico, mental e social do trabalhador”. (ALVARENGA, 2014, p. 73)

Observa-se que a saúde e o meio ambiente encontram-se associados de maneira umbilical, uma vez que este último interfere diretamente no bem-estar dos trabalhadores.

Além disso, o meio ambiente equilibrado possibilita o gozo dos demais direitos fundamentais, visto atrelar-se ao exercício da vida com qualidade que pressupõe não só o meio social, natural, artificial e cultural, como também o laboral. (ALVARENGA, 2014, p. 72)

A proteção ao meio ambiente do trabalho exige a informação (educação ambiental) e a participação de todos na prevenção a danos aos trabalhadores, situação que deve coordenar as ações do Estado, dos sindicatos, empregadores, empregados e demais membros da sociedade, tendentes a propiciar a compreensão aos obreiros acerca do treinamento, das medidas de prevenção e proteção de danos decorrentes do trabalho, bem como a perfeita visualização dos riscos e perigos a que está submetido. (ALVARENGA, 2014, p. 85-86)

Acrescente-se que qualquer tipo de informação é bem-vinda, na medida em que possibilita aos trabalhadores compreender a situação, buscar esclarecimentos complementares com o próprio empregador, sindicatos e órgãos governamentais para melhor se adaptar ao labor.

Gisele Santos Fernandes Goes (1997, p. 111) vislumbra a indeterminação do conteúdo do termo meio ambiente uma condição propícia para a defesa dos direitos imanentes:

Com efeito, até o presente momento, o termo meio ambiente é totalmente vasto, sendo que sua delimitação apenas acontece quando se pensa nos elementos que o integram. Assim, é forçoso ressaltar que a expressão meio ambiente faz parte do que se denomina de *conceitos jurídicos indeterminados*, o que só vem a trazer benefícios, pois está sempre aberto à inserção de novos elementos constantemente, ampliando, desse modo, o conjunto da proteção que encerra.

Na mínima dúvida sobre a fragilização do meio ambiente é essencial aplicar o princípio *in dubio pro ambiente*, que deve se associar ao princípio da cooperação, a fim de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, ou seja, além dos limites dos que habitam o mundo na atualidade. (GOES, 1997, p. 123).

O meio ambiente do trabalho, por possuir a natureza de um conceito jurídico indeterminado, propicia, de maneira privilegiada, uma maior amplitude de abrangência que permite melhor proteção ao trabalhador, englobando elementos materiais e imateriais, como as rotinas e os sistemas de produção. (BRANDÃO, 2010, p. 28).

Dentre os direitos dos trabalhadores relacionados ao meio ambiente, Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p. 15-18) elenca: o direito à vida e à integridade psicossomática; o direito à promoção da correção dos riscos ambientais; o direito de denúncia pública; o direito à informação; o direito à resistência e o direito à indenidade (compensação econômica – material e moral – princípio do poluidor-pagador).

Uns dos principais objetivos da precaução e da prevenção é neutralizar ou atenuar os riscos no meio ambiente do trabalho, sendo oportuna uma incursão na averiguação da real efetividade do alcance desse intuito.

2 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A PROJEÇÃO DE REDUÇÃO DOS RISCOS INERENTES AO TRABALHO

O direito de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, previsto no artigo 7º, XXII, da CF, implica numa ação pró-ativa e propositiva, visando à neutralização ou remoção dos riscos do meio ambiente do trabalho. (BRANDÃO, 2010, p. 24).

A Convenção nº 155 da OIT assegura esse dever propositivo, na medida em que exige a edição de normas que proporcionem uma efetiva proteção e segurança aos trabalhadores. (BRANDÃO, 2010, p. 25).

Na Constituição Federal de 1988 a aparente antinomia entre o mencionado inciso XXII e o inciso XXIII, ambos do artigo 7º da CF, ao especificar a redução dos riscos e o pagamento de maior remuneração, via adicional relativo às atividades penosas, insalubres e perigosas, é solucionada por meio da necessidade de se tolerar o risco dito permitido em caráter excepcional, segundo o estado da técnica, em prol de um interesse público maior, como, por exemplo, a produção e distribuição de energia elétrica.

Como bem observado por Guilherme Guimarães Feliciano (2006, p.124):

[...] a Constituição transige com a realidade, estipulando o pagamento de adicionais para as atividades insalubres, perigosas e penosas, quando o atual estado da técnica não permitir, em determinadas atividades econômicas, a eliminação ou sequer a redução do elemento perverso a níveis toleráveis para a saúde humana.

Mais adiante, o autor complementa seu raciocínio afirmando que as condições de trabalho devem ser avaliadas caso a caso, tendo como parâmetro a dignidade humana em ponderação com a livre iniciativa e seu proveito social, além do direito de exploração da atividade econômica, analisados com razoabilidade para embasar as autoridades administrativas e judiciais a permitirem ou obstarem tais atividades, segundo o grau de agressão a mencionada dignidade do trabalhador. (FELICIANO, 2006, p.126-127).

O uso de adicionais ao longo do tempo, contudo, ao invés de coibir ou dificultar o exercício de atividades em prejuízo à saúde do trabalhador, devido aos maiores gastos para sua instituição pelo empregador, acabou por estimular o desempenho dessas atividades: primeiro, em decorrência da visão do trabalhador, que prefere receber o numerário do que a adequação do meio ambiente do trabalho com a perda da remuneração; segundo, o valor alocado pelo empresário para reformular e adequar o meio ambiente de trabalho, neutralizando os riscos é muito superior ao direcionado ao pagamento dos adicionais. (BRANDÃO, 2010, p. 26).

Assim, constata-se que a tutela originariamente planejada e projetada pelo ordenamento jurídico brasileiro não se concretizou no âmbito trabalhista devido a fatores econômicos e sociais, que estimulam a monetização dos riscos e perigos ao trabalhador.

3 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E OS DIREITOS INDIVIDUAIS, COLETIVOS E DIFUSOS

A tutela do meio ambiente do trabalho pode ser de índole individual homogênea (pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade não pagos), coletiva (segurança do ambiente de trabalho de uma determinada empresa) ou difusa (supressão da poluição produzida por uma empresa que não atinge só os trabalhadores, mas também os habitantes que circundam a indústria), a depender do pedido formulado em juízo decorrente dos reflexos diretos e indiretos da relação de trabalho ou, melhor explicando, “a sua qualificação jurídica depende do contexto de conflito em que se insere a pretensão”. (FELICIANO, 2013, p. 13-14)

O caráter difuso do meio ambiente laboral pode ser compreendido com a redução do número de acidentes do trabalho, evitando a mutilação de trabalhadores e o gasto de numerário público com o tratamento pelo Sistema Único de Saúde, além dos benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social. (FELICIANO, 2013, p. 14).

Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 1973), ao analisar o meio ambiente em geral e o meio ambiente do trabalho em especial, assevera que:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de natureza difusa, pois não pode ter identificado o seu destinatário. Toda e qualquer pessoa tem o direito de usufruí-lo; já o direito à salubridade do ambiente laboral somente pode ser usufruído por um determinado grupo de trabalhadores, daí a sua natureza diversa. Ele é individual homogêneo, quando muito coletivo.

Em nossa concepção, a visão supracitada é muito restritiva da concepção ambiental do *Gestalt* acima referida.

O meio ambiente do trabalho, apesar do caráter coletivo atinente a “relação jurídica base”, que se atrela ao denominado vínculo empregatício, não dispensa a sua acepção individual e especialmente difusa. Esta se deve ao fato do meio ambiente atingir a esfera de trabalhadores autônomos, terceirizados, sócios, clientes e todos que convivam no meio ambiente, o que não se restringe ao empregado, demonstrando o caráter difuso desse direito ou interesse. (FELICIANO, 2011, p. 146-147).

Essa noção ampla de meio ambiente interfere na compreensão da evolução da responsabilidade por danos ambientais na sociedade de risco, como se abordará na sequência.

4 A SOCIEDADE DE RISCO E A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO

A sociedade de risco proporcionou o desenvolvimento da concepção de responsabilidade civil, tendo essa designação origem na obra de Ulrich Beck, publicada, em 1986, na Alemanha, associada ao desenvolvimento científico e tecnológico em franca expansão e as incertezas decorrentes dessa evolução em termos de perigos e riscos em contraposição ao aprimoramento da qualidade de vida. (LOPES, 2010, p. 1223).

O risco zero não se encontra presente na sociedade devido à dificuldade de ponderação e identificação dos mencionados riscos, pois “a única certeza na sociedade de risco é a incerteza”, com perspectivas de graves e irreversíveis danos próprios e intrínsecos à era contemporânea. (LOPES, 2010, p. 1225).

François Ewald menciona uma alteração no paradigma social vigente, com o passar do tempo, migrando da “responsabilidade” do século XIX para uma “solidariedade” no século XX, para, ao final, culminar com a “socialização do risco”, alcançando, na atualidade, o denominado paradigma da “segurança”, englobando todos os três elementos sem exclusão na responsabilização civil. (LOPES, 2010, p. 1227-1228).

No século XXI, apresentam-se diversas funções para a responsabilidade civil identificadas como compensatória (reparação integral), dissuasória (valor da indenização) e preventiva em sentido amplo (precaução e prevenção). (LOPES, 2010, p. 1230).

A responsabilidade, por conseguinte, sofreu diversas evoluções ao longo dos anos, acompanhando o aperfeiçoamento da sociedade inicialmente agrária, posteriormente industrial e considerada por muitos, na era hodierna, como moderna, transmutando-se de individual e subjetiva para coletiva e objetiva e, mais recentemente, baseada no risco social com nítidos nuances dessa socialização devido à necessidade de compensação dos riscos oriundos da tecnologia em franca expansão. (PANCOTTI, 2011, p. 77-78).

Essa transformação social influenciou o legislador, com a edição do artigo 927 do Código Civil¹ e a consagração da responsabilidade

¹ Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

objetiva na seara ambiental decorrente do artigo 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.²

A diferença entre perigo e risco é sutil, relacionando-se com a decisão que é efetivada no momento em que o indivíduo ou a sociedade se deparam com uma situação de perigo, podendo ou não ensejar o risco, sendo que esta deliberação vincula a responsabilidade de quem a tomou com o risco em si e o dano se futuramente efetivado. (PANCOTTI, 2011, p. 84)

Assim, há evolução da responsabilidade meramente reparadora para agregar a responsabilidade preventiva, em que a responsabilização decorre da necessidade de prevenção e precaução, não se atrelando a existência de dano efetivo que somente será ressarcido com a comprovação do agravo, separando-se, portanto, a responsabilidade da indenização. (LOPES, 2010, p. 1230).

5 OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO APLICADOS COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 43-44) apresenta uma série de restrições ao princípio da precaução devido à ausência de determinação de seu conceito de caráter aberto e geral, recomendando a identificação prévia de qual o risco a ser evitado e o que se almeja prevenir, associado a uma ponderação das alternativas existentes e da não concretização da atividade

² Artigo 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[...]

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006)

ou projeto idealizado, o que implica na essencialidade de uma avaliação das peculiaridades de cada caso concreto.

Tereza Ancona Lopez (2010, p. 1227) pondera que na aplicação dos princípios da prevenção e da precaução devem ser utilizados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, asseverando sua preocupação com o uso indevido desses instrumentos sem limites:

O princípio da precaução é uma arma perigosa nas mãos dos demagogos e dos políticos populistas. Assim, empresas que estão colaborando com o progresso e crescimento do país, e que ajudam socialmente com o fornecimento de empregos diretos e indiretos e com a distribuição de certos benefícios sociais, podem ser obrigadas a fechar suas portas, acusadas de omissões no gerenciamento dos riscos que vêm de seus produtos e serviços por não terem adotado medidas de prevenção no caso de risco conhecido ou de precaução no caso de riscos possíveis, o que pode não ser verdadeiro. Podem travar o progresso econômico, científico e social.

A prevenção dos riscos, tendo em vista danos em potencial, implica em “escolher” ou optar entre riscos e danos que, ao ocorrerem, serão menos nocivos do que os que se pretendem evitar, sendo certo que a percepção do risco não equivale ao risco real e, na maioria das vezes, a percepção é a medida adotada no caso concreto. (ANTUNES, 2007, p. 48).

Nos Tribunais brasileiros identificam-se três correntes: uma ampla, outra restrita e uma terceira intermediária acerca do conteúdo do princípio da precaução. Na primeira, a cautelaridade do princípio não apresenta limites, não podendo ser contido por norma legal ou infralegal, nem por outros princípios. A corrente restritiva prioriza as “necessidades econômicas”, fragilizando a aplicação do princípio da precaução. A intermediária, por sua vez, almeja um equilíbrio por meio da racionalidade na avaliação do caso concreto, sem a pretensão de suspender ou interromper pesquisas e atividades econômicas com o uso de táticas, como o monitoramento, o controle e a adoção de medidas de contenção, salvo quando os danos forem iminentes e com alta probabilidade de ocorrência. (ANTUNES, 2007, p. 50-51).

O Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou em algumas decisões certos parâmetros que podem auxiliar na análise das situações submetidas ao crivo do Poder Judiciário brasileiro, especificando que os riscos “não podem ser meras alegações sem uma base fática ou científica sólida”, ou seja, suposições e hipóteses sem lastro científico, mas isso não

significa que se exijam provas absolutas e efetivas da realidade dos riscos ou dos potenciais efeitos e de sua gravidade. (ANTUNES, 2007, p. 52).

Paulo de Bessa Antunes (2007, p. 44), em sua visão, percebe o princípio da precaução, no Brasil, como “uma supernorma que prevalece sobre qualquer circunstância, sempre que um determinado empreendimento desagrada a algum grupo ou está em estágio tecnológico mais avançado do que a média”, concluindo que há confusão dos riscos com danos sem a predefinição dos “riscos aceitáveis” numa aceção unilateral.

No intuito de aclarar o conteúdo do princípio da precaução, atenuando o seu caráter lotérico, o autor recomenda a edição de normas que especifiquem o conteúdo do preceito, com a ponderação do custo e benefício da implementação ou não da atividade, do projeto ou da obra sob o viés social, econômico e ambiental. (ANTUNES, 2007, p. 49-50).

Apesar das vozes abalizadas em contrário à aplicação do princípio da precaução ou, ainda, no sentido de sua relativização, torna-se essencial a observância do preceito diante da magnitude dos bens jurídicos envolvidos, quais sejam, a vida, a integridade física e psíquica dos indivíduos, sem mencionar a qualidade de vida das gerações futuras, não só no meio ambiente do trabalho como também na sociedade em geral.

Luiz Gustavo Boiam Pancotti (2011, p. 92), de maneira precisa, compreende essa precaução como uma prevenção em caráter absoluto, diante das incertezas científicas e da probabilidade de danos graves e irreversíveis:

Verifica-se, porém, que a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar o avanço da sociedade com vistas a evitar a ocorrência do dano, isto é, a incerteza no campo da ciência milita em favor da prevenção, encarregando-se ao interessado de realizar determinada conduta a obrigação de provar que esta atividade realizada por sua empresa não trará consequências indesejadas ao meio ambiente, por exemplo. Assim, ainda que existam dúvidas, controvérsias acerca da existência de efeitos nocivos que a atividade do particular exerça, a cessação das atividades é a medida que deverá ser adotada. Isto porque se um dia a ciência puder apurar com a absoluta certeza que aquela atividade desempenhada causa prejuízos a um bem juridicamente tutelado, o dano realizado o será irreversível.

Essa prevenção e precaução não é obtida pela mera edição de normas, mas com a implementação de instrumentos diversos interligados

em prol do anseio comum de caráter protetivo dos trabalhadores em geral, como se analisará nas próximas linhas.

6 A PROTEÇÃO NÃO SE RESTRINGE À EDIÇÃO DE NORMAS

A simples estipulação de direitos ou normas legais de cunho protetivo não significa a redução dos riscos em acidentes do trabalho ou o incremento de melhores condições na prestação dos serviços.

É importante salientar também que uma excessiva “socialização dos riscos” poderá gerar como efeito reflexo o desestímulo à precaução e à prevenção, não eliminando os riscos e incentivando a ausência de uma conduta esmerada e cuidadosa por quem de direito. (LOPES, 2010, p. 1232-1233).

O artigo 2087 do Código Civil italiano é um instrumento adequado do princípio da precaução no meio ambiente do trabalho, ao atribuir ao empregador como sua responsabilidade “adotar, no exercício da empresa, as medidas que, segundo a especificidade do trabalho, a experiência e a técnica, são necessárias para proteger a integridade física e a integridade moral do trabalhador” numa acepção ampla e genérica. (PORTO, 2009, p. 146)

Como dever do empregador, a proteção da integridade do empregado não se restringe aos acidentes do trabalho ou à higiene, saúde e segurança, mas congrega ainda atos de terceiros. (PORTO, 2009, p. 146-147).

Lorena Vasconcelos Porto (2009, p. 147-148), ao analisar o conteúdo do dispositivo supracitado a partir da concepção da doutrina e jurisprudência italiana, identifica que cabe ao empregador observar:

- a) o contexto tecnológico na tutela da prestação do trabalho e do ambiente do trabalho em caráter amplo, ou seja, não se restringe às obrigações estipuladas em leis específicas;
- b) os aspectos objetivos da prestação e os subjetivos do trabalhador;
- c) a integridade física e moral;
- d) uma vigilância contínua dos empregados que devem respeitar as normas de saúde, segurança e higiene no trabalho.

Na Itália, apesar da norma em vigor apresentar um caráter de índole nitidamente preventivo, observaram-se os seguintes efeitos:

- a) o uso do preceito pela jurisprudência na atribuição de indenização pelo descumprimento do dever por parte do empregador e não na efetiva prevenção;
- b) a compreensão da jurisprudência de que o desrespeito à norma pelo empregador proporciona a exceção do contrato não cumprido por parte do empregado, de acordo com o princípio da boa-fé e da proporcionalidade;
- c) a defesa pela jurisprudência que a responsabilidade é subjetiva, com a necessidade de demonstração pelo empregado do dano, nocividade do meio ambiente e nexo causal, ou seja, a prestação, o dano e o nexo, devido à obrigação contínua do empregador em zelar pela segurança;
- d) não há culpa concorrente;
- e) o afastamento da responsabilidade do empregador só ocorre com o dolo ou risco escolhido do obreiro (necessidades pessoais e diversos das exigências do trabalho). (PORTO, 2009, p. 148-149).

Como crítica ao sistema adotado na Itália é possível arrolar os seguintes elementos:

- a) os empregados e os sindicatos estão mais preocupados com a remuneração e a monetização do risco;
- b) a quantidade ou qualidade das normas editadas não é garantia de efetividade;
- c) a criação de normas implica no desvio de atenção da ausência de efetividade das já editadas;
- d) a Itália, após a 2ª Guerra Mundial, intensificou a edição de normas de saúde e segurança, contudo, apresenta maiores índices de acidentes do trabalho do que na Alemanha que apostou em medidas preventivas e na efetividade das normas existentes;
- f) agravamento, na Itália, da tutela à saúde e à segurança com a edição de normas de precarização do trabalho e da proliferação do trabalho informal, sendo que, desde 1990, tendo, como exemplo, o Decreto Biaggi, surgiram a parassubordinação e o contrato a termo, com reflexos na integridade dos trabalhadores. (PORTO, 2009, p. 150-154).

No Brasil, em pesquisa desenvolvida por Victor Hugo de Almeida (2011, p.161), foram analisadas as condições dos operadores de telemarketing numa empresa de Ribeirão Preto, tendo como justificativa a atividade representar a principal em terceirização no país, com o acréscimo de importância de se tratar da segunda maior empregadora, perdendo em números absolutos apenas para o comércio varejista.

Os teleoperadores apresentam, em geral, no exercício de suas funções, estresse, depressão, distúrbios psicológicos, auditivos e vocais, DORT, alto índice de doenças ocupacionais e acidentes do trabalho, dentre outros agravos à saúde. (ALMEIDA, 2011, p. 161).

Diante desse quadro, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Norma Regulamentar nº 17, por meio da Portaria nº 9, de 30 de março de 2007, no intuito de tutelar a saúde dos operadores, almejando a sua segurança e conforto com a manutenção de um local específico para descanso, com a determinação de pausas e intervalos fora do local de trabalho. (ALMEIDA, 2011, p. 161).

Na amostra avaliada pelo pesquisador os resultados apontados indicavam que:

- a) intervalo de refeição e descanso: usam o refeitório (71%) e a sala de descanso (11%);
- b) frequência de descanso: nunca (30%), raramente (29%), as vezes (26%) e frequentemente (15%);
- c) frequência à sala de descanso: nunca (74%), raramente – antes, durante a após a jornada - (15%);
- d) existência de políticas de conscientização para uso da sala: nenhuma (43%);
- e) os demais que indicaram existir políticas de conscientização a identificaram como informativos, folhetos e quadro de avisos (48%). (ALMEIDA, 2011, p. 163-164).

A pretensão de aliviar o estresse e recuperar o trabalhador, objetivando a melhor qualidade de vida para si e, conseqüentemente, a maior eficiência na atividade laboral, deve atender e adequar-se às expectativas dos trabalhadores e só funcionarão com maior conscientização e fiscalização. (ALMEIDA, 2011, p. 167-169).

O local de descanso adequado para os operadores funciona como uma espécie de equipamento de proteção individual de caráter coletivo, portanto, da mesma forma que o EPI, deve o empregador zelar pelo uso desse instrumento pelos empregados.

Assim, percebe-se pelos exemplos apresentados que as boas intenções do legislador não são suficientes para ensejar a efetividade da proteção do trabalhador se não for apropriada e eficaz a forma de implementação das políticas delineadas nas normas e devidamente almejadas pelos defensores do meio ambiente laboral, adequando-se aos anseios dos empregados, com uma efetiva fiscalização dos empregadores e do poder público, dentre outros elementos.

O *Istituto de Ricerche Economiche e Sociali*, numa pesquisa efetivada na Itália, coletou dados que indicam basicamente problemas de índole trabalhista, atingindo a precariedade do vínculo de trabalho que não foram projetados pelos legisladores ao editarem normas de flexibilização dos direitos trabalhistas no país:

- (a) o trabalhador precário apresenta maior preocupação com a renda e a manutenção do trabalho do que o vinculado à empresa por prazo indeterminado;
- (b) o trabalhador precário possui um menor treinamento na empresa, associado a uma menor experiência;
- (c) o trabalhador a prazo indeterminado apresenta maior consciência dos riscos que está exposto;
- (d) há nexo de causalidade entre os acidentes e a precariedade do trabalho. (PORTO, 2009, p. 154-155).

A consciência dos desvios decorrentes de uma política idealizada para propiciar o aumento dos postos de trabalho, que teve como efeito decorrente o aumento de acidentes e, conseqüentemente, a redução da população economicamente ativa associada a maiores gastos com benefícios acidentários e tratamentos de saúde, é de relevância crucial para os planejamentos futuros.

De outro lado, a monetização da saúde do trabalhador por meio do pagamento de adicionais tem suprimido no meio judicial a busca por tutelas preventivas, inibitórias ou específicas do bem jurídico (meio ambiente e saúde do trabalhador).

Devido a isso, baseados na ação de amparo espanhola, Guilherme Feliciano, Manoel Toledo Filho, Lacerda Pistori e Souto Maior resolveram propor a criação em nosso ordenamento da ação promocional trabalhista, priorizando esses tipos de tutela. (FELICIANO, 2011, p. 149).

A tutela inibitória pode ser perfeitamente aplicada em nosso ordenamento em vigor, mas, por ser definitiva, não se confunde com a cautelar, a liminar ou a antecipatória, devido à precariedade e provisoriedade destas últimas, podendo ser inibitória propriamente dita (impedindo o dano) como também de remoção do dano instalado, impedindo o alastramento, perpetuidade e intensificação do dano consumado de caráter preventivo a sua perenidade. (FELICIANO, 2011, p. 150).

A tutela inibitória utiliza-se dos princípios da menor restrição, do meio mais idôneo e da proporcionalidade, tendo um exemplo no artigo 161, caput, da CLT, não restrito à fiscalização do antigo Ministério do

Trabalho diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do amplo acesso ao Judiciário. (FELICIANO, 2011, p. 155).

Diante disso, constata-se que a real proteção do meio ambiente do trabalho pressupõe uma atuação concertada e uma fiscalização ostensiva e constante tendente a impedir a deterioração do meio ambiente laboral.

7 O CARÁTER MULTIDISCIPLINAR DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO ÂMBITO JURÍDICO

O uso de outros ramos para promover a tutela do trabalhador em associação à compreensão da sociedade de risco e da concepção de consumidor equiparado tem sido desenvolvido pela doutrina. Esse contexto ganha um caráter mais apropriado quando os trabalhadores, os empregadores, a sociedade e os governantes se conscientizam que o meio ambiente não se restringe ao local de trabalho devido ao entrelaçamento dos vários ramos de tutela do meio ambiente (ambiental, trabalho e consumo).

Nesse sentido, Amélia Soares da Rocha e Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire (2010, p. 102) identificam dentre os mecanismos necessários para a concretização dessa tutela os princípios do “*in dubio pro ambiente, pro consumidor ou pro misero*”.

As autoras concebem o trabalhador como consumidor na sociedade de consumo, não se restringindo às hipóteses de consumidor final (destinatário final de um produto ou serviço sob o ponto de vista fático e econômico), como também equiparado (artigo 29 do CDC) ou vítima da relação de consumo, ou seja, *bystander* (artigo 17 do CDC). (ROCHA; FREIRE, 2010, p. 100-101).

Se considerarmos que o trabalho na indústria é submetido ao início da cadeia da relação de consumo e os acidentes que vierem a ocorrer em decorrência de abusos dos empresários no uso de produtos químicos na manufatura dos bens que podem causar prejuízo aos consumidores também afligem os obreiros e demais trabalhadores envolvidos na cadeia produtiva é coerente pensar na figura do *bystander*.

Na Constituição Federal de 1988 observa-se que a tutela ao meio ambiente (artigo 225), ao consumidor (artigo 5º, XXXII) e à saúde do trabalhador (artigos 6º e 7º, XXII) vieram pela primeira vez a serem tratados conjuntamente no âmbito constitucional, por conseguinte, limitando a atividade econômica (artigo 170) e, conseqüentemente, ensejaram uma obrigação estatal no cumprimento e na concretização desses preceitos,

influenciando a edição de normas e a sua interpretação. (ROCHA; FREIRE, 2010, p. 102-103).

Nesse amálgama de direitos interconexos (ambiental, trabalho e consumo), percebe-se a convergência de diversos princípios que atuam em cada um desses ramos jurídicos, como os princípios da educação e da informação, os princípios da prevenção e da precaução, o princípio da sustentabilidade e os princípios da qualidade de vida e da teoria da qualidade. Estes dois últimos congregando “o direito à sadia qualidade de vida” do direito ambiental e a proibição da disponibilização no mercado de produtos que causem prejuízos à saúde e à segurança dos consumidores. (ROCHA; FREIRE, 2010, p. 103-107).

Paulo de Bessa Antunes (2002, p. 1974) compreende que o Sistema Único de Saúde “é meramente um órgão colaborador na área específica, pois o núcleo duro da medicina e segurança do trabalho é uma competência federal, conforme disposto nos arts. 21, XXIV c/c 22, I, da Constituição Federal”.

Em nossa visão, ao direito do trabalho, ao direito ambiental e ao direito do consumidor agrega-se o direito sanitário, todos como bases mestras da defesa do trabalhador no meio ambiente do laboral sem que haja a preponderância de um sobre o outro, pois os quatro ramos jurídicos visam à melhoria das condições humanas dos trabalhadores de uma forma ou de outra.

Além disso, seria extremamente contraproducente se a tutela do meio ambiente do trabalho fosse relegada apenas a União, por meio de normas de cunho trabalhista de competência privativa. Se assim fosse, a dignidade humana como princípio vetor seria minimizada frente aos mecanismos de proteção disponibilizados pelo legislador constituinte, impedindo o uso da competência concorrente dos demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios).

A título de exemplo, no artigo 115, XXV, a Constituição do Estado de São Paulo, obriga a Administração direta e indireta a constituição de CIPAs e, quando a atividade o exigir, uma comissão de controle ambiental, ampliando a NR-5 do Ministério do Trabalho e Emprego, que determina a obrigatoriedade da CIPA tão somente para órgãos e entidades que admitissem funcionários regidos pela CLT. Essa disposição deixa claro que tais medidas são implementadas “visando à proteção da vida, do meio ambiente e das condições de trabalho dos seus servidores, na forma da lei”. (CAMPOS, 1990, p. 521)

Dentre as disposições da Constituição do Estado de São Paulo encontram-se diversos dispositivos que interessam a tutela do meio ambiente laboral e a saúde dos trabalhadores:

Artigo 220 - As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

§ 1º - As ações e os serviços de preservação da saúde abrangem o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho.

[...]

Artigo 221 - Os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, que terão sua composição, organização e competência fixadas em lei, garantem a participação de representantes da comunidade, em especial, dos trabalhadores, entidades e prestadores de serviços da área de saúde, além do Poder Público, na elaboração e controle das políticas de saúde, bem como na formulação, fiscalização e acompanhamento do sistema único de saúde.

[...]

Artigo 223 - Compete ao Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, além de outras atribuições:

I - a assistência integral à saúde, respeitadas as necessidades específicas de todos os segmentos da população;

II - a identificação e o controle dos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual e coletiva, mediante, especialmente, ações referentes à:

- a) vigilância sanitária;
- b) vigilância epidemiológica;
- c) saúde do trabalhador;
- d) saúde do idoso;
- e) saúde da mulher;
- f) saúde da criança e do adolescente;
- g) saúde dos portadores de deficiências.

[...]

IV - a participação na formulação da política e na execução das ações de saneamento básico;

[...]

VI - a colaboração na proteção do meio ambiente, incluindo do trabalho, atuando em relação ao processo produtivo para garantir:

- a) o acesso dos trabalhadores às informações referentes a atividades que comportem riscos à saúde e a métodos de controle, bem como aos resultados das avaliações realizadas;
- b) a adoção de medidas preventivas de acidentes e de doenças do trabalho;

[...]

Artigo 229 - Compete à autoridade estadual, de ofício ou mediante denúncia de risco à saúde, proceder à avaliação das fontes de risco no ambiente de trabalho e determinar a adoção das devidas providências para que cessem os motivos que lhe deram causa.

§ 1º - Ao sindicato de trabalhadores, ou a representante que designar, é garantido requerer a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo o ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou a saúde dos empregados.

§ 2º - Em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco.

§ 3º - O Estado atuará para garantir a saúde e a segurança dos empregados nos ambientes de trabalho.

§ 4º - É assegurada a cooperação dos sindicatos de trabalhadores nas ações de vigilância sanitária desenvolvidas no local de trabalho.

Diante do teor dessas normas de caráter nitidamente protetivo do bem-estar dos trabalhadores, não é coerente obstar a legislação concorrente, tendo em vista não apenas os mandamentos constitucionais como a dignidade humana como fundamento de nossa República e o mínimo de direitos insculpidos no artigo 7º da Constituição Federal, que não impedem a ampliação nos diversos níveis de produção normativa, mas também o princípio da aplicação da norma mais benéfica ao trabalhador.

Os desgastes desnecessários na defesa de fragmentação da tutela do meio ambiente laboral com propostas de criação de um novo ramo ou no sentido de concentrá-la apenas no direito do trabalho, ao invés de fortalecer, vem enfraquecendo o objetivo principal de proteção dos trabalhadores, desfocando a preocupação do poder público com o fim essencial para direcioná-la a instrumentos restritos e mononucleares.

A competência constitucional privativa da União para legislar em Direito do Trabalho (artigo 22, I) e direcionada a “organizar, manter e executar a inspeção do trabalho” (artigo 21, XXIV) não deve desmerecer a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal relacionada à “produção e consumo” (artigo 24, V), à “proteção do meio ambiente e controle da poluição” (artigo 24, VI), à responsabilidade do dano ao meio ambiente e ao consumidor (artigo 24, VIII) e à “proteção e defesa da saúde” (artigo 24, XII).

De outro lado, o Município sempre poderá “legislar sobre assuntos de interesse local” (artigo 30, I), “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (artigo 30, II) e “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (artigo 30, VII).

Pergunta-se: a concentração das normas tutelares do meio ambiente no direito do trabalho efetivará o direito dos trabalhadores?

Responde-se: não, pois é premente a necessidade de efetivação da implementação das políticas de defesa e de prevenção do meio ambiente com propensão articulada (meio ambiente, consumidor e trabalhador).

Amélia Soares da Rocha e Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire (2010, p. 113) ressaltam a ineficiência das políticas públicas desarticuladas na defesa do trabalhador:

[...] ausência de integração e articulação das políticas públicas brasileiras com a necessária execução harmônica dos direitos do consumidor, ambiental e do trabalho. Apesar de a legislação se encontrar em uma fina sintonia e equilíbrio, com princípios que convergem no fortalecimento de uma governança ambiental, o que não se reflete na estrutura organizacional e na vontade política dos governos em reafirmar os direitos fundamentais à qualidade de vida, ao meio ambiente, ao consumo sustentável e ao trabalho digno.

O alvo principal é o trabalho digno que para ser efetivado no meio ambiente laboral depende da interação de diversas normas protetivas permeadas nos mais diversos ramos jurídicos.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2014, p. 75-77), ao ponderar sobre o desenvolvimento sustentável no direito do trabalho, associa-o ao trabalho decente, englobando a proteção das “condições de trabalho” e seu constante aprimoramento com os demais elementos atinentes à “condição humana e aos direitos da personalidade do trabalhador”, o que alcança a integridade física, psíquica, moral, intelectual e a integração social, interligando a dignidade humana ao meio ambiente equilibrado na constante busca pela “qualidade de vida do trabalhador”.

Como ressalta Luiz Gustavo Boiam Pancotti (2011, p. 85): “o risco sempre existiu e sempre existirá. No entanto, a tecnologia serve como instrumento social para a sua aferição, mensuração e, se possível, diminuição”.

Daí a importância da atuação concertada dos diversos ramos jurídicos (trabalho, meio ambiente, consumidor e sanitário) em prol da proteção do trabalhador.

Nesse contexto, o desenvolvimento sustentável almeja não esgotar os bens naturais da sociedade, dentre os quais se incluem o meio ambiente em sua acepção ampla e o ser humano, sendo certo que a economia não pode manter-se ao longo dos séculos sem a preservação da mão-de-obra e do mercado de consumo (elemento humano), pois as máquinas não movimentam as relações comerciais e consumeristas, não se alimentam, não adquirem bens e, por mais aprimoradas que sejam, não substituem o trabalhador e o consumidor.

Luiz Gustavo Boiam Pancotti (2011, p. 92-93) bem concebe que:

O valor do Desenvolvimento Sustentável pauta-se pela busca do desenvolvimento pelos povos sem que isto cause danos irreparáveis, isto é, a evolução, o progresso da coletividade, não deve ser feita às custas de danos irremediáveis. A busca do desenvolvimento sustentável implica no uso de ações racionais que preservem os processos e sistemas essenciais à vida e à manutenção do equilíbrio social. Neste âmbito, pode-se inserir, inclusive, a questão da função sócio-ambiental da propriedade, pois que a exploração racional e a preservação dos recursos naturais compõem exatamente a ideia do desenvolvimento sustentável, ou seja, busca do desenvolvimento sem violar a sustentabilidade do meio ambiente.

Assim, a defesa e a tutela do meio ambiente do trabalho devem se afastar do círculo vicioso das políticas precarizantes, no intuito de aumentar postos de trabalho, com a redução de custos econômicos, direcionando-se a um círculo virtuoso das políticas de valorização do ser humano, este considerado elemento essencial para a produção de bens e serviços e concomitantemente principal adquirente desses mesmos no mercado de consumo.

CONCLUSÃO

O meio ambiente do trabalho e a tutela dos trabalhadores possuem diversos aspectos relevantes atinentes ao risco inerente à atividade laboral, bem como uma interdependência de outros ramos do Direito na concretização do princípio da proteção para salvaguardar o trabalho digno e adequado sob o aspecto econômico e social.

A miserabilidade, as crises econômicas mundiais e os danos ao meio ambiente em geral vêm fragilizando a humanidade e, por conseguinte, reduzindo e precarizando os postos de trabalho, bem como o poderio econômico das famílias, o que reflete no aumento dos custos sociais por meio de tributos direcionados à seguridade social.

Essa conjuntura de fatores econômicos e ambientais interagem com a sociedade, intensificam as fragmentações sociais com o incentivo de um círculo vicioso, no anseio de reduzir custos, almejando a manutenção do lucro a curto prazo.

Essa situação, descarta-se da necessidade de incentivo ao aprimoramento da mão-de-obra e do enriquecimento das famílias no intuito de viabilizar o consumo num círculo virtuoso desejável a longo prazo, que não pressupõe apenas salários, mas também dignidade nas condições de trabalho, com ausência de riscos e perigos.

A concretização dos riscos, além de atingir o ser humano em sua qualidade de vida, reduz a população economicamente ativa com oneração excessiva dos sistemas estatais de apoio social, induzindo o conseqüente aumento dos impostos e demais exações dos que trabalham ou disponibilizam empregos.

O homem, nesse contexto, não pode ser considerado uma coisa, dada a personalidade intrínseca ao ser humano, mas isso de nada valerá se a prioridade for o lucro, num pensamento restrito a curto prazo, em que o ser humano é tratado de maneira flagrantemente desumana, de forma inferior a um animal ou a um objeto, estes reputados como parte do ciclo produtivo no meio econômico e geradores de riquezas que, em tese, não podem ser perdidos no ciclo da atividade econômica devido aos custos de sua reposição.

Assim, o ser humano não deve ser reputado descartável, sua riqueza (trabalho) amesquinhada com a lei da oferta e da procura, ou seja, facilmente substituído com salários cada vez menores para a redução dos custos em épocas de crise, enquanto máquinas, matérias-primas e os próprios animais são comercializados a preços mais elevados em virtude da inflação e outros fatores econômicos.

Muito se fala na defesa e tutela do trabalhador e de seu meio ambiente de trabalho, leis são editadas e políticas propagandeadas, mas, até o presente momento, o que se vê é que o valor do ser humano na equação econômica é relegado a um segundo plano.

O importante é a valorização do indivíduo que representa a maior riqueza da sociedade, devido a sua vida e força do engenho intelectual e criativo.

Diante disso, nada mais natural do que tutelar o meio ambiente do trabalho e impedir que a salvaguarda dessa riqueza se transforme em mero discurso retórico, sem a vontade real não só de políticos, mas principalmente de outros cidadãos, de concretizar medidas eficazes de proteção, prevenção e precaução em prol dos trabalhadores.

No universo quase tudo pode ser substituído ou reproduzido, porém a vida humana é algo que não admite recomposição *in vitro*, por isso deve-se preservá-la a qualquer custo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, V. H. A efetividade das políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho: um estudo de caso em telemarketing. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Brasília, v. 10, n. 40, p. 159-72, out./dez. 2011.

ALVARENGA, R. Z. Princípios fundamentais de direito ambiental do trabalho. **Revista Forum Trabalhista**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 71-90, maio/jun. 2014.

ANTUNES, P. B. Princípio da precaução: breve análise de sua aplicação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª região. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 43, p. 41-74, 2007.

ANTUNES, P. B. Meio ambiente do trabalho. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, v. 3, n. 15, p.1971-9, set./out. 2002.

BRANDÃO, C. M. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional. **LTr: Revista Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 74, n. 1, p. 24-9, jan. 2010.

CAMPOS, J. L. D. A Constituição de São Paulo e a segurança e saúde do trabalhador. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, v. 14, n. 118, p. 521-25, set. 1990.

FELICIANO, G. G. O Meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coord.) **Direito ambiental do trabalho: apontamento para uma teoria geral**. São Paulo: LTR, 2013. v. 1.

FELICIANO, G. G. **Tópicos avançados de direito material do trabalho**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006. v. I.

FELICIANO, G. G. Tutela inibitória em matéria labor-ambiental. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Rio de Janeiro, v. 77, n. 4, p. 140-61, out./dez. 2011.

GOES, G. S. F. Os Princípios no ordenamento ambiental brasileiro, como fonte de concreção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Cadernos da Pós-graduação em Direito da UFPA**, Belém, v. 1, n. 4, p. 95-129, jul./set. 1997.

LOPEZ, T. A. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-34, jan./dez. 2010.

PANCOTTI, L. G. B. Ensaio sobre a teoria da responsabilidade na sociedade de risco. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 38, p. 75-94, jan./jun. 2011.

PORTO, L. V. A reforma legislativa em matéria de saúde e segurança no trabalho no direito italiano: uma análise crítica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 99, p. 143-57, jan./jun. 2009.

ROCHA, A. S.; FREIRE, G. M. C. A. O trabalhador como consumidor e a sociedade de risco. In: SÉGUIN, E. FIGUEIREDO, G. J. P. (org.). **Meio Ambiente do Trabalho**. Rio de Janeiro: GZ Verde, 2010.

EMPRESA PANÓPTICA: PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE DO EMPREGADO DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE TECNOLOGIA

PANOPTIC COMPANY: EMPLOYER'S DIRECTIVE POWER AND FUNDAMENTAL RIGHTS TO EMPLOYEE PRIVACY AND INTIMITY BEFORE NEW FORMS OF TECHNOLOGY

Ney Maranhão *

Davi Barros Benevides **

Marina Nogueira de Almeida ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Empresa panóptica, poder diretivo do empregador e direito à vida íntima e privada do empregado: conceitos e correlação. 2 Impacto das novas tecnologias no controle das atividades dos empregados. 3 O conflito entre poderes do empregador e direitos à vida privada e íntima dos trabalhadores: limites ao modelo panóptico e novo pacto social. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo busca discutir caminhos para a solução de conflitos que envolvam o poder diretivo do empregador e o direito à privacidade e intimidade do empregado na atual conjuntura de quarta revolução industrial, mais precisamente com a possibilidade de instalação de panópticos digitais. A partir de revisão bibliográfica e da análise de polêmico caso concreto verificado na China, o artigo alerta que a implantação de técnicas de contínua vigilância tecnológica no ambiente de trabalho pode engendrar indevida maximização de riscos psicossociais, com grave potencial lesivo à saúde dos trabalhadores. Conclui-se, em perspectiva labor-ambiental e forte nos princípios da prevenção e participação, que a intenção empresarial de implementar artefatos tecnológicos invasivos da intimidade e privacidade dos trabalhadores, tendentes a promover perigosa intensificação do trabalho e, por consequência, riscos à saúde mental, deve ser debatida de maneira prévia, ampla e transparente, a envolver o maior número de atores sociais e com auxílio

* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA) (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduíche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” – GPCONTRAB (UFPA/CNPQ). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8ª Região/PA-AP). E-mail: ney.maranhao@gmail.com / Facebook: Ney Maranhão II / Instagram: @neymaranhao

** Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Vale do Acaraú (UVA). Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro do Grupo de Pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” – GPCONTRAB (UFPA/CNPQ). E-mail: davibenevidestr@gmail.com.

*** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Vale do Acaraú (UVA). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: marina.nogueira.alm@gmail.com.

Artigo recebido em 30/10/2019 e aceito em 11/11/2019.

Como citar: MARANHÃO, Ney; BENEVIDES, Davi Barros; ALMEIDA, Marina Nogueira de. Empresa panóptica: poder diretivo do empregador e direitos fundamentais à privacidade e intimidade do empregado diante das novas formas de tecnologia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 167-190. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

técnico multidisciplinar, sempre com vistas a se resguardar ao máximo a dignidade da pessoa humana. A pesquisa é qualitativa, eminentemente bibliográfica, tendo sido utilizado o método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Quarta revolução industrial. Empresa panóptica. Poder diretivo. Intimidade e privacidade.

ABSTRACT: *This paper discusses ways to the best solution for conflict of rights involving the employer's directive power and the employee's right to privacy and intimacy in the current conjuncture of the fourth industrial revolution, especially about the possibility to install digital panoptics. From the literature review and the analysis of a controversial case occurred in China, the article shows that the implementation of techniques of continuous technological surveillance at work environment can lead to an undue maximization of psychosocial risks, with severe harmful potential to the worker's health. It is concluded, based on a labor-environment perspective and firm in the principles of prevention and precaution, that the corporate intention to implement invasive technological artifacts of worker intimacy and privacy, which promote dangerous work intensification and, consequently, risks to mental health, must be debated in advance, broadly and transparently, involving greater number of social actors and with multidisciplinary technical assistance, always with a view to safeguarding the dignity of the human person as much as possible. This article is based on a qualitative research, eminently bibliographic and the hypothetical deductive method was used.*

Keywords: *Fourth industrial revolution. Panoptic company. Directive power. Intimacy and privacy.*

INTRODUÇÃO

O conflito entre o poder diretivo do empregador e a privacidade/intimidade do empregado, dentro e fora do ambiente de trabalho, é assunto por demais polêmico e desafiador, sobretudo na recente “Era” tecnológica, em que algumas empresas se utilizam de novas tecnologias para adotar um modelo ainda mais incisivo de fiscalização (panóptico digital).

A implementação de um cenário de vigilância constante em todos os ambientes sociais, incluindo o meio ambiente do trabalho, sempre foi uma fonte de inspiração para escritores de ficção científica e roteiristas da indústria cinematográfica.

Podemos citar como exemplo o filme *Minority Report*, que retrata uma sociedade do futuro dotada de poderoso sistema de vigilância com a capacidade de predição de crimes que ainda não foram praticados. Para que isso seja possível, determinada empresa utiliza uma espécie de capacete com sensores em pessoas que possuem o dom de preverem o futuro com o propósito de captar as imagens já diretamente de suas mentes.

Esse filme traz ainda a superexploração desses “videntes”, pois ficam conectados ao sistema ininterruptamente, submersos em um tanque com água e sem uma vida além daquela destinada ao trabalho. Tudo com o fundamento utilitarista de promover bem-estar ao restante da sociedade.

Embora o ano de 2019 não esteja nesse nível de monitoramento, capaz de enxergar o pensamento de indivíduos, a tecnologia tem evoluído de forma abrupta, chegando bem próximo ao que foi escrito por George Orwell no famoso livro “1984”. Ou seja, cada vez mais a sociedade tem sido observada e controlada por sistemas tecnológicos que promovem onipresença e onisciência a alguns centros de poder.

O presente artigo trará com mais detalhes o exemplo de um dispositivo chinês (uma espécie de quepe) que coleta algumas atividades cerebrais dos empregados. Esse quepe tem o escopo de identificar sinais de alerta, tristeza, raiva e distrações, de modo a possibilitar que o empregador otimize a produção.

Alguns defendem que esses mecanismos de controle também servem para prevenir erros, doenças e acidentes de trabalho. Contudo, a implantação dessas técnicas de vigilância no processo produtivo deve ser precedida de análise cuidadosa e reflexão detida. Entre outros fatores, porque o excessivo elástico do poder diretivo do empregador pode representar um poderoso sistema de indução diária do comportamento dos empregados, gerando prováveis consequências graves para a vida e saúde do trabalhador.

Com efeito, o controle da produção e dos serviços a níveis tais pode acarretar acidentes de trabalho e doenças ocupacionais ligados à intensificação intolerável de riscos psicossociais¹. São problemas comuns, mas de difícil diagnóstico. Detêm conceitos igualmente complexos e, por isso, necessitam de bastante atenção.

Existe, ainda, como será visto, uma dificuldade de definir o que é considerado por vida íntima e privada, pois esses conceitos têm uma parcela de subjetividade, variável de acordo com a cultura e período em que a sociedade está inserida. Contudo, não significa a desnecessidade de proteção, apenas melhor delimitação. Aqui, vale ressaltar, não se pretende esgotar o tema ou mesmo conceituar todas as expressões de forma estanque.

Feitas essas colocações iniciais, convém destacar que este trabalho tem como objetivo discutir os possíveis limites do poder diretivo do empregador, principalmente no que se refere aos excessos de controle (amplificados pelas tecnológicas disruptivas) sobre a vida íntima e privada dos trabalhadores, gerando, assim, potencialidades de riscos psicossociais.

Inicia-se o estudo por meio da descrição do quadro evolutivo do modelo panóptico, desde o surgimento até o cenário de observação atual. Analisar-se-á o conteúdo das normas brasileiras e internacionais sobre o

¹ Segundo o relatório da OIT (2019b) sobre segurança de saúde do trabalhador.

poder diretivo do empregador e os direitos fundamentais à privacidade e intimidade dos empregados.

Posteriormente, apresenta-se a problemática dos potenciais de assédio proporcionados pelas novas tecnologias da quarta revolução industrial. Serão relatados estudos que mostram possíveis adoecimentos psíquicos ocupacionais provocados pelo ritmo acelerado de trabalho, controle ininterrupto, pressão por produção, constrangimentos cotidianos e ameaça de desemprego.

Por fim, discutir-se-á como melhor poderão ser resolvidas essas questões, sempre na esteira de uma diretriz axiológica bastante clara: o lucro possui relevância, porém maior é a relevância da preservação da dignidade do ser humano.

O artigo segue método de pesquisa bibliográfica e justifica-se pela conscientização de que trabalhadores saudáveis e com um bom nível de bem-estar são essenciais em vários níveis, inclusive para incremento de produtividade e fomento a bons níveis da socialidade em geral, tocando a questão da saúde pública.

Desse modo, questiona-se: O que fundamentaria uma intromissão na privacidade e na intimidade de um empregado? A vigilância total (com a ajuda da tecnologia) no intuito de otimizar o processo produtivo pode se sobrepor à saúde mental do trabalhador? Será que não haveria outros meios, menos incisivos, de atingir o mesmo objetivo esperado? Por fim, qual a melhor forma de se chegar a um resultado mais equilibrado? Diversas incertezas são recorrentes, por isso, merecem o esforço da reflexão.

1 EMPRESA PANÓPTICA, PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E DIREITO À VIDA ÍNTIMA E PRIVADA DO EMPREGADO: CONCEITOS E CORRELAÇÃO

O conceito da palavra “panóptico” traz a ideia de uma visão do todo (“Pan” significa *tudo* e “óptico”, *visão*). Esse termo tem origem em um projeto arquitetônico de presídio apresentado em 1785 pelo filósofo britânico Jeremy Bentham, o “*Panopticon*” (AGUIAR, 2012, online).

Essa prisão de segurança máxima foi idealizada com celas e uma torre de vigilância dispostas de tal maneira que um único guarda poderia observar todos os prisioneiros sem que eles soubessem. Embora nunca tenha sido colocado em prática, o “Panopticon” inspirou várias construções nos séculos subsequentes (BENTHAM, 2012).

Para ilustrar como esse assunto começou a ganhar relevância, em 1948, o escritor inglês George Orwell previu no livro “1984” que a sociedade do futuro seria toda vigiada por câmeras. Em sua obra, o autor destaca que as pessoas ficariam sob a vigília constante de uma televisão, batizada de o Grande Irmão ou “Big Brother” (ORWELL, 2009).

Mais tarde, o filósofo francês Michel Foucault se tornou um dos grandes estudiosos do modelo panóptico e foi com obras importantes nessa área, incluindo o livro “Vigiar e punir: o nascimento da prisão” de 1976, que trouxe mais uma vez a discussão sobre esse tema. Na verdade, a grande contribuição de Foucault foi estudar os modelos de poder da sociedade moderna baseados na vigilância total. Ele conseguiu extrapolar o modelo concreto da arquitetura da prisão de Bentham para todo um sistema moderno de pensamento (FOUCAULT, 2014).

Byung-Chul Han (2014, p. 85) escreve que Jeremy Bentham sustentava que o modelo panóptico deveria ser aplicado a todos os ambientes disciplinares. Essa ideia, atualmente, faz-se presente em locais como: escolas, fábricas, dentre outros exemplos. Especificamente no âmbito das empresas, esse efeito ocorre, muitas vezes, no intuito de controlar a atividade produtiva, de assegurar a empresa contra possíveis furtos, na tentativa de evitar acidentes de trabalho ou, ainda, na obtenção de maiores lucros.

No que diz respeito ao poder diretivo do empregador, a palavra “poder” deriva do latim *potere* e significa chefe de um grupo (BARROS, 2009). Traz junto a ideia de posse, de força, de obediência e de influência. Assim, o poder diretivo do empregador atribui a ele alguns comandos naturais de chefia, sendo dever dos empregados a obediência, já que são, contratualmente, subordinados ao patrão.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no seu artigo 2º, ao conceituar a figura jurídica do empregador, dá-lhe poder de direção (BRASIL, 1943) e a doutrina¹ o divide em três prerrogativas fundamentais: poder de organização, controle e disciplinar.

Em síntese, o poder de organização abrange a prerrogativa do empregador de dirigir a atividade empresarial, delineando-a de acordo com os fatores de produção, sendo decorrência da própria natureza da propriedade e da assunção dos riscos inerentes à atividade empresarial.

¹ Essa divisão e conceituação de poder diretivo é repetida de forma bem abrangente e uniforme. Alguns exemplos de autores nesse sentido: Maurício Godinho Delgado (1996); Arion Romita (1983); dentre outros.

Já o poder disciplinar constitui, em breves linhas, o exercício da autoridade sobre o trabalho realizado, complementando o poder de direção com a capacidade de impor sanções disciplinares.

Ocorre que a prerrogativa mais importante para esse artigo é, sem dúvida, o poder de controle ou fiscalizatório. Essa liberdade abrange as funções concernentes à capacidade de acompanhamento (monitoramento) contínuo da atividade desempenhada, justificando-se pela necessidade do empregador de saber se o empregado está efetivamente fazendo o serviço para o qual fora contratado.

Contudo, decerto há limites para esse tipo de controle. Segundo dispõe Pérez Botija (1960, p. 192 *apud* ENGEL, 2003, p. 39): “As pessoas que se ligam por vínculos laborais não se transformam em máquinas ou mercadorias, não se transmudam em ‘coisas’, mas continuam dotadas de personalidade singular”.

Ora, são duas esferas de personalidade: individual e privada. Os direitos da primeira protegem o indivíduo da vida pública, já os da segunda preservam a inviolabilidade da personalidade dentro de seu próprio retiro (HUBMANN *apud* CALVO, 2013).

Nesse contexto, Sandra Lia Simon (2000, p. 101) esclarece que, em uma relação de emprego, “ainda que o poder de direção do empregador seja incontestável” (fundamentado pelo direito de propriedade), encontrará limites no exercício das liberdades dos trabalhadores, mesmo estes sendo hierarquicamente subordinados. Portanto, uma das limitações a esse monitoramento seria o respeito ao direito à vida íntima e privada dos trabalhadores.

Assim, diante de situações delicadas, Ricardo José Engel (2003, p. 42-43) afirma que a melhor solução para o equilíbrio de direitos é a aplicação do princípio da razoabilidade, como segue, *in verbis*:

Significa a busca do meio-termo na investigação das relações entre meios e fins. O razoável é o justo, o adequado, o pensado satisfatoriamente, o conforme a razão. Não, contudo, a uma razão fundada na lógica matemática, puramente formal, senão uma razão sedimentada na lógica do razoável, do humano da vida humana.

Direito à privacidade é, majoritariamente, definido como a parte da vida do ser humano que é dedicada às suas relações particulares (individual ou social), mas que, se tiver vontade, poderá expor para outras pessoas, grupos de amigos ou até ambientes privados das redes sociais.

Já o direito à intimidade constitui um conceito mais complexo e extremamente subjetivo, pois os casos íntimos irão variar a depender do que o indivíduo estabelecer como inacessível, inclusive para pessoas da sua família.

Verifica-se que, no caso da vida privada, pode até se pensar em uma relativização (contanto que seja consensual). Já, no caso da vida íntima, seria algo indisponível por qualquer meio, mesmo que os motivos de ter acesso a esses dados íntimos, de início, parecessem ser justificáveis.

Esses dois aspectos são preocupações tão antigas que historicamente alguns afirmam que a origem do direito à privacidade (como gênero) remonta, dentre outras teses filosóficas, a de John Stuart Mill. Este autor utilitarista do século XIX sustentava que os únicos aspectos da conduta humana que produziam deveres e responsabilidades sociais seriam aqueles que afetassem os demais. Para Mill, os aspectos que só dizem respeito ao indivíduo são absolutamente independentes da vida dos demais, sendo o indivíduo soberano sobre si, seu corpo e sua mente (MILL, 2000, p. 278).

No Brasil, assim como em outros diversos Estados, o direito à privacidade (*lato sensu*) é assegurado constitucionalmente como direito humano fundamental. Deveras, a Constituição Federal (1988) brasileira prevê no artigo 5º, inciso X que: “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” e, no inciso XII, aduz ainda:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Assim, a Constituição brasileira reconhece a vida privada e íntima como direitos fundamentais individuais e, com isso, admite que eles fazem parte do rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV). São núcleos centrais imutáveis do sistema constitucional pátrio, não podendo o constituinte derivado aprovar Emenda Constitucional que vise a abolir ou reduzir esses direitos (BRASIL, 1988).

Para complementar o raciocínio, os direitos fundamentais são, outrossim, uma projeção da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional fundante do Estado Democrático de Direito brasileiro,

esculpido no art. 1º, III, da Constituição vigente (BRASIL, 1988), pois, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2005), quando não se reconhece à pessoa os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade se está lhe negando a própria dignidade.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969 –, aprovada pelo Decreto Legislativo 27, de 1992, e promulgada pelo Decreto presidencial 678, de 1992, prevê em seu artigo 5º, 1, que toda pessoa tem direito a que se respeite a sua integridade psíquica e moral, bem como que, na forma do artigo 11, deva ser respeitada a sua honra e dignidade, não podendo ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação (MOLINA; HIGA, 2018).

Portanto, percebe-se que existe uma correlação entre os poderes do empregador e, em contraposição, os direitos de personalidade dos empregados. Um limitará o outro de forma que é um desafio buscar o equilíbrio. Não há uma linha exata e distinta que estabeleça onde começa e termina a subordinação do empregado, principalmente diante das novas tecnologias de controle e dos novos meios de acesso à informação, que deixam o tema ainda mais complexo.

2 IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTROLE DAS ATIVIDADES DOS EMPREGADOS

Atualmente, inicia-se uma “Nova Era” no que diz respeito aos avanços tecnológicos dotados de inteligência artificial: a chamada Quarta Revolução Industrial. Nesse novo cenário, mudanças significativas estão ocorrendo em todos os ambientes sociais, inclusive nas relações e vínculos trabalhistas (SCHWAB, 2016).

Assim, as novas tecnologias também são responsáveis pelas alterações ocorridas no modo de produção e na organização empresarial, gerando, inclusive, alterações na forma de exercício do poder diretivo do empregador.

Tornou-se possível o controle do trabalhador à distância, assim como a utilização de diversos meios eletrônicos para fiscalização dentro e fora do ambiente de trabalho tradicional, através de medidas que revolucionaram os conceitos de tempo e espaço². Alain Supiot (2006, p. 162) chama esse fenômeno de “cibervigilância dos assalariados”.

² Como bem explica Anthony Giddens (1991, p. 22): “Nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidem amplamente, na medida em que as dimensões espaciais da vida

Instrumentos de fiscalização como: polígrafo ou “detector de mentiras”; detectores de metais e as revistas pessoais; câmeras de vídeo; utilização dos telefones celulares; monitoramento do e-mail corporativo, do e-mail pessoal e da “navegação” na internet, já foram amplamente discutidos e resolvidos por decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

No entanto, o objetivo desse artigo é apresentar algumas, dentre muitas, novas formas de controle e discutir a viabilidade delas frente aos direitos fundamentais dos indivíduos fiscalizados.

Obviamente, não se pretende desconsiderar as inúmeras vantagens provenientes da tecnologia, nem restringir a livre iniciativa. Apenas alguns pontos sensíveis, tais como a vida privada e íntima do empregado, devem ser abordados para que a Constituição Federal seja respeitada.

Atualmente, a China é o país onde mais se tem inventado (máquinas, rônos, softwares etc) e, a partir de então, esses produtos são distribuídos para o restante do mundo (também para o Brasil).

Nas linhas de produção da empresa chinesa “Hangzhou Zhongheng Electric”, trabalhadores são equipados com uniformes em que usam um quepe (uma espécie de boina militar) com sensores leves e sem fio que monitoram constantemente as ondas cerebrais do usuário e transmitem esses dados para computadores da empresa que usam algoritmos de inteligência artificial para detectar picos emocionais, como depressão, ansiedade ou raiva³. Essas informações coletadas ajudam os dirigentes a ajustar o ritmo de produção e redesenhar os fluxos de trabalho (CHEN, 2018).

Assim, representante dessa empresa afirmou, em entrevista para o jornal de língua inglesa de Hong Kong - *South China Morning Post* -, que poderia aumentar a eficiência geral dos trabalhadores manipulando a frequência e a duração dos intervalos, reduzindo, assim, o estresse mental (CHEN, 2018).

social são, para a maioria da população, e para quase todos os efeitos, dominadas pela "presença" - por atividades localizadas. O advento da modernidade arranca crescentemente o espaço do tempo fomentando relações entre outros "ausentes", localmente distantes de qualquer situação dada ou interação face a face. Em condições de modernidade, o lugar se torna cada vez mais fantasmagórico: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles. O que estrutura o local não é simplesmente o que está presente na cena; a "forma visível" do local oculta as relações distanciadas que determinam sua natureza³.

³ Informação trazida por Jesús Uguina (2019) em uma Conferência na Universidade de Salamanca sobre o impacto da robótica e o futuro do trabalho.

Nesse mesmo jornal *online*, o responsável por outra empresa chinesa – a “State Grid Zhejiang Electric Power em Hangzhou” – afirmou que não há dúvidas sobre o efeito financeiro positivo com o monitoramento cerebral de empregados através do “quepe inteligente”, cujo uso aumentou os lucros da empresa em cerca de 2 bilhões de yuans (US \$ 315 milhões) desde que foi lançado em 2014 (CHEN, 2018).

Por fim, esse jornal noticia que o quepe é apenas um dos exemplos da aplicação em grande escala de dispositivos de vigilância cerebral para monitorar as emoções das pessoas, e outras atividades mentais, no local de trabalho. Tudo de acordo com cientistas e empresas envolvidas nos projetos que, inclusive, são apoiados pelo governo (CHEN, 2018).

A questão a ser avaliada em um caso como esse é bem complexa, pois, à primeira vista, o controle exercido pelo quepe parece não estar prejudicando o empregado.

Mas é preciso considerar, primeiramente, que apenas a versão do empregador foi relatada no jornal, com destaque a dados relacionados ao lucro da empresa. Em segundo lugar, se o direito da personalidade de uma pessoa (no caso, um trabalhador) deve ser preservado, haveria de se saber, então, qual a justificativa para que tamanha medida invasiva seja aceita. Estaria, comprovadamente, evitando acidentes de trabalho? O uso do quepe traria reais benefícios para a segurança do próprio empregado ou para terceiros? Ou estaria apenas gerando mais lucratividade para a empresa?

Não se discute que poderia haver casos que fundamentassem a prevalência de uma restrição tópica à privacidade ou à intimidade do empregado. Contudo, deveriam ser situações bem específicas, excepcionais, devidamente justificadas, pois se, por um lado, proporciona algum benefício (para o empregador e, eventualmente, para os consumidores), por outro, o controlado tende a se submeter a riscos concretos no tocante à sua saúde mental.

De fato, a partir do momento em que há uma vigilância total no meio ambiente de trabalho, aliado a um cenário de competitividade e não estabilidade no emprego, exsurge tendência natural do empregado a se impor estado de constante alerta e contínua tensão, aumentando-se, assim, as chances de vivência de sofrimento.

A médio e longo prazos, surgem problemas como depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou síndrome de “burnout” (SB), amplificando o que se conhece hoje por sociedade do cansaço (HAN,

2017, p. 7). O esforço descomedido na busca de desempenho é o mais novo problema do século XXI e essas práticas de controle panóptico das empresas poderiam agravar ou acelerar o aparecimento dessas doenças mentais.

Uma pesquisa sobre psicologia relacionada com saúde mental no ambiente de trabalho constatou algo preocupante. Confira-se:

O ritmo acelerado, a pressão por produção, os constrangimentos cotidianos e a ameaça de desemprego são observados em quase todas as empresas submetidas à vigilância pelo CRST de Campinas. [...] Esses aspectos parecem estar cada vez mais naturalizados nos processos de trabalho, com a alegação por parte das empresas de que elas não têm outra opção, pois também sofrem pressões do “mercado” (SATO; BERNARDO, 2005, p. 874).

A principal instituição trabalhista a nível global, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), encomendou um relatório (apresentado em junho de 2019) denominado “Trabalhar para um Futuro Melhor”. Nesse documento, muitos assuntos foram tratados, mas o foco central foi o ser humano.

Partindo da temática geral sobre construir as bases para um futuro do trabalho justo, digno e equitativo no século XXI, a OIT também se preocupou com aspectos ético-jurídicos, reiterando que “trabalho não é uma mercadoria que possa ser vendida nos mercados ao preço mais baixo” (OIT, 2019a, p. 39).

Verdadeiramente, o empregador precisa levar essa ideia em consideração e não se preocupar com a produtividade apenas. O lucro e o crescimento da empresa são importantes, porém não se pode esquecer da sua função perante a sociedade e sobretudo o fato de que o ser humano deve ter sua saúde preservada, de maneira que “qualquer forma de desenvolvimento deve primar, em última instância, pelo bem-estar e o trabalho digno, o que deve ser feito mobilizando, através do diálogo social com todos os setores envolvidos no mundo do trabalho” (MARANHÃO; SAVINO, 2019, p. 8-9).

Portanto, a análise sobre a prevalência ou não do poder diretivo de controle do empregador a esse nível (invadindo mais do que a privacidade do empregado para, inclusive, atingir a esfera da intimidade mais profunda do ser humano, que são as suas próprias atividades mentais) deve ser feita com responsabilidade sob pena de causar danos graves à saúde do trabalhador.

Outros conceitos tecnológicos que impactam a vida das pessoas e, mais especificamente, a dos empregados, são o Big Data, a Internet das Coisas⁴ e a Inteligência Artificial. Esse trio associado tem sido pauta de discussão pelos mais diversos estudiosos e profissionais de todas as áreas acadêmicas.

Martin Ford (2019, p. 131-132), quando trata deste assunto, cita outros exemplos de como essas tecnologias podem servir para controlar a atividade humana:

O *big data* e os algoritmos inteligentes que os acompanham têm impacto imediato nos locais de trabalho e nas carreiras das pessoas à medida que os empregadores, particularmente as grandes corporações, cada vez mais monitoram inúmeros indicadores e estatísticas relacionados com o trabalho e as interações sociais de seus funcionários. As empresas estão se apoiando na chamada analítica das pessoas como uma maneira de contratar, demitir, avaliar e promover seus funcionários. A quantidade de dados que estão sendo coletados a respeito das pessoas e do trabalho a que se dedicam é desconcertante. Algumas empresas captam todos os toques de tecla de cada funcionário. E-mails, registros telefônicos, buscas na web, consultas ao banco de dados e acessos a arquivos, entrada e saída das instalações e um número incontável de outros tipos de informações também podem ser coletados - com ou sem o conhecimento dos funcionários.

Um dos questionamentos que podem ser levantado é se está ou não havendo um redimensionamento do significado de direito à privacidade/intimidade por conta de todo esse cenário atual de monitoramentos. Algumas pessoas até “abrem mão” de uma parte de sua privacidade em prol de mais segurança, por exemplo.

Na prática, a privacidade (especificamente) pode ser interpretada até mesmo de forma contraditória a depender dos comportamentos dos indivíduos em cada sociedade. James Whitman (2004, apud MISUGI *et al*, 2016, p. 445) realizou ampla pesquisa a partir de duas culturas ocidentais distintas: Estados Unidos da América e países europeus (principalmente França e Alemanha). A conclusão foi a de que a própria concepção da

⁴ “[...] a rede mundial não se limita mais ao uso dos computadores, estendendo o seu uso para objetos e sistemas inteiros como carros, geladeiras, balanças, relógios, joias, óculos, entre outros. Muitas vezes relacionado ao termo “*smart*”, que além de qualificar os objetos, *smartphone*, TV *smart*, geladeira *smart*, passam a caracterizar também sistemas integrados de objetos e pessoas, como “*smart buildings*, *smart appliances*, *smart health*, *smart mobility*, *smart cities*”, entre outros” (MISUGI *et al*, 2016, p. 438)

privacidade tem origens e fundamentos distintos, pois enquanto a norte-americana deriva de uma noção de liberdade, na Europa o motivo é a dignidade do sujeito.

Ademais, comumente se relaciona a ideia de fragilização da privacidade à busca voluntária de exposição pelos cidadãos, sobretudo os usuários das redes sociais. Dessa forma, essas condutas estariam contribuindo para uma evolução (ou retrocesso) temporal no valor subjetivo desse direito.

Sobre o poder diretivo do empregador fiscalizando as redes dos empregados, vale destacar o seguinte:

Essa aproximação que as redes sociais proporcionam mudou o relacionamento entre empregador e empregado. [...] Agora, por conseguir enxergar de perto a personalidade do operário, o patrão passa a ter uma excelente ferramenta de controle e repressão em suas mãos. Isso porque agora ele eventualmente poderá se prestar a classificar e descartar rapidamente aquele trabalhador que não transmite, em suas redes sociais, uma imagem que se afine com os padrões “esperados” para o seu empreendimento. [...] Certamente, é lícito ao empregador elaborar código de conduta que fale sobre como o trabalhador deve se comportar ao fazer postagens relacionadas com a empresa [...]. Entretanto, não é lícito ao empregador estabelecer, previamente, como o trabalhador deve se comportar em relação à sua vida privada (incluindo postagens/opiniões políticas, fotos casuais em festas/viagens, vestimenta pessoal etc.), pois isso pode ferir de morte a vida privada, intimidade e liberdade de expressão asseguradas constitucionalmente [...]. (CAMPELO; VERBICARO; MARANHÃO, 2019, p.147 e 161).

Observa-se, portanto, que, na sociedade da informação, as relações jurídicas foram amplamente alteradas e, assim, a proteção do direito à privacidade necessita também passar por uma renovação em natureza e extensão de conceitos⁵. O espaço de vida individual almejado hoje é pertinente a uma sociedade tecnológica e, portanto, necessariamente deve passar a levar em conta formas invasivas próprias às novas tecnologias.

⁵ Dessa forma, entende Guilherme Misugi et al (2016, p. 447): “Conduz-se, deste modo, a uma necessária releitura do direito à privacidade, visto que, conforme exposto anteriormente, não pode ser considerado como valor absoluto e estático, devendo ser constantemente reinterpretado, principalmente em razão das novas tecnologias, considerando as influências multiculturais que invariavelmente permearão esta discussão”.

Contudo, não se pode esquecer que existem pesquisas (com comprovações empíricas⁶) no sentido de que são falsas as premissas sobre os usuários de redes sociais estarem preocupando-se cada vez menos com sua vida particular. Além disso, o direito à intimidade (por ser um conceito de vida particular bem mais profundo e restrito) se mantém forte e inalterado. Ou seja, os valores jurídicos da privacidade e intimidade ainda demandam firme proteção frente aos atuais avanços tecnológicos, máxime pela via do Direito. Como bem destaca Alain Supiot (2006, p. 141):

O Direito, preenche, assim, uma função dogmática – de interposição e de interdição. Esta função confere-lhe um lugar singular no mundo das técnicas: o de uma técnica de humanização da técnica. Os problemas hoje levantados pelas novas tecnologias da informação e da comunicação mostram que essa função atropológica não desaparece, quando se passa de um tipo de técnica a outro. [...] Estas relações não podem ser reduzidas a uma simples adaptação do Direito, que estaria por definição atrasada relativamente ao progresso técnico, nem a uma submissão desse progresso a princípios jurídicos imutáveis. [...] mas o seu conteúdo evolui, hoje, visivelmente, para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos.

No próximo tópico, serão discutidas possíveis soluções para esses conflitos de interesses, analisando as balizas da prática cada vez mais profunda de vigília e controle, de sorte a se estabelecer limites a esse incômodo modelo panóptico que se insinua na realidade tecnológica contemporânea.

⁶ “Em estudo realizado por Stutzman, Gross e Acquisti, pôde-se concluir que desde o início da utilização do *Facebook*, em 2005, até 2011, foram evidenciadas três tendências relevantes para a compreensão desta valoração da privacidade: a) Com o tempo, os usuários aumentaram o *privacy-seeking behavior*, diminuindo a quantidade de informações disponíveis publicamente; b) Mudanças na política de privacidade da rede social conseguiram amenizar ou inverter esta tendência no comportamento dos seus usuários; c) Ao contrário das informações públicas, houve um acréscimo na comunicação e troca de informações privadas entre os usuários, aumentando consequentemente a quantidade de informações armazenadas pela rede social e os denominados *silent listeners*” (MISUGI et al, 2016, p.446).

3 O CONFLITO ENTRE PODERES DO EMPREGADOR E DIREITOS À VIDA PRIVADA E ÍNTIMA DOS TRABALHADORES: LIMITES AO MODELO PANÓPTICO E NOVO PACTO SOCIAL

Com a inovação das tecnologias de controle, algumas empresas estão apresentando novas características “panópticas”, pois o empregador passou a ter acesso a vários tipos de informações pessoais do empregado que não tinha antes e, assim, consegue controlar cada vez mais a força de trabalho do seu empreendimento.

Byung-Chul Han (2014, p. 86) aponta que o panóptico de Bentham estava sujeito a uma perspectiva óptica. Portanto, havia alguns “pontos cegos” inevitáveis, como, por exemplo, os pensamentos e desejos secretos dos prisioneiros. Com a vigilância digital, o modelo panóptico passou a permitir uma visão mais profunda (360 graus) daqueles que se quer controlar. Não tem a limitação típica da óptica analógica. Assim, o *panóptico digital* permite a vigilância de todos os ângulos, eliminando, inclusive, os “pontos cegos”.

O conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à privacidade e intimidade do empregado é evidente. Porém, como equilibrar ambos os direitos? Como estabelecer limitações ao modelo de controle digital amplo adotado por muitas empresas, como naquele polêmico caso chinês?

Segundo Ari Possidonio Beltran (2001, p. 95), o poder diretivo deve buscar um novo significado no século XXI:

O conteúdo desse elemento caracterizador do contrato de trabalho não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é “servo” e o empregador não é “senhor”. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Os direitos de personalidade fazem parte daqueles que são fundamentais e, por isso, devem ser aplicados com a maior efetividade possível. De acordo com Rodrigo de Lacerda Carelli (2003, p. 252), os Direitos Fundamentais “são aqueles direitos do homem que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados na Constituição”⁷.

⁷ Essa escolha é pautada em princípios basilares de um país que, por sua vez, foram definidos pela sociedade como sendo de justiça. John Rawls (1997, p. 13-14) entendia que: “Na justiça como equidade, a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social [...]. Os princípios da justiça são escolhidos

Nos casos trabalhistas, os direitos fundamentais são praticados em uma relação entre empregador e empregado “na defesa deste contra a exacerbação do poder diretivo daquele” (NASCIMENTO, 2005, p. 130). Como nas relações de emprego existe uma estrutura de poder, a potencialidade de afronta dos direitos fundamentais dos trabalhadores é bastante elevada. Por esse motivo, atualmente há uma tendência de estabelecer a denominada “cidadania da empresa” com a finalidade de dar ênfase à necessidade do cumprimento desses direitos (AMARAL, 2007).

Para a discussão em tela, ligada aos avanços tecnológicos ínsitos à quarta revolução industrial, com seu concreto potencial de instalação de panópticos digitais, ressoa importante, portanto, que os limites do poder empregatício sejam delineados com olhos tecnicamente sensíveis à proteção e promoção de direitos fundamentais. Por isso, nem tudo que a técnica disser ser possível realizar poderá ser efetivamente realizado, tampouco de qualquer jeito.

Um espírito empresarial prudente demandará, por óbvio, em primeiro lugar, que se considere a específica atividade exercida e a amplitude dos benefícios sociais diretos que dela resultem. É o caso, por exemplo, do empregado responsável pela vida de várias outras pessoas, como um controlador de voos. Para que se garanta inteira proteção aos passageiros, é necessário que esteja totalmente em alerta e em condições negativas de “stress”. Nessa situação, em tese, diante dos óbvios proveitos coletivos resultantes, poder-se-ia *iniciar* alguma discussão a respeito de um controle tecnológico patronal maior do estado emocional dos profissionais da área.

De qualquer forma, ainda assim, cumpriria averiguar se outras medidas de segurança (individuais ou coletivas) poderiam ser adotadas com igual eficiência e menor potencial invasivo. Em caso afirmativo, o direito à personalidade há de ser ao máximo preservado. Logo, a opção necessariamente haverá de recair pela medida de controle menos agressiva. Isso se dá porque o lucro é importante, mas a vida e a dignidade do ser humano o são ainda mais – sobretudo quando há potencial de repercussão deletéria metaindividual e com possibilidade de afetação do próprio erário, como na situação de adoecimento massivo de trabalhadores e dos custos públicos que essa circunstância naturalmente pode impor aos já combalidos cofres do INSS no tratamento desses segurados.

sob um véu da ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. [...] Depois de haver escolhido uma concepção de justiça, podemos supor que as pessoas deverão escolher uma constituição e uma legislatura para elaborar leis [...] tudo em consonância com os princípios da justiça inicialmente acordados”.

Perceba-se, então, que, nessa linha de raciocínio, decisões empresariais desse jaez não retratarão questão meramente contratual e privada (*inter partes*), alicerçada pura e simplesmente no poder empregatício tal qual tradicionalmente considerado. Na verdade, a temática ganhará *status* de genuíno interesse público, pois de cariz *ambiental*, porquanto umbilicalmente ligada à saúde e segurança do ser humano que trabalha, o que decerto demandará novos contornos jurídicos à dinâmica de exercício concreto daquele poder.

À vista da complexidade do assunto e consciente da incômoda ausência de preceitos normativos reguladores, a OIT, preocupando-se em estabelecer, através de políticas transnacionais, diretrizes mínimas a respeito, tratou no relatório “Trabalhar para um Futuro Melhor” sobre a relevância da tecnologia para o trabalho digno. Na ocasião, sugeriu: 1) estabelecer parâmetros regulatórios do trabalho em plataformas digitais; 2) proteger a privacidade e garantir políticas de transparência e proteção de dados nas empresas; 3) monitorar o impacto das novas tecnologias do trabalho e orientar seu desenvolvimento (OIT, 2019a, p. 45-46). Como as novas tecnologias podem ocasionar riscos para a privacidade e intimidade do trabalhador, os empregadores deverão informar para o controlado qualquer monitorização feita sobre sua vida e observar limites no recolhimento desses dados (OIT, 2019a).

Ainda no concernente à temática do trabalho no contexto contemporâneo, a OIT sugere também a revitalização do contrato social⁸, de maneira que todos possam ter uma participação efetiva na tomada de decisões concernentes ao seu presente e futuro, firmando as bases de

⁸ No contexto do documento, a expressão “contrato social” é derivada das obras de Hobbes, Rousseau, Locke e Rawls, expressamente citados no rol bibliográfico constante do Relatório, sendo utilizada no sentido de um contrato que legitima a autoridade do Estado sobre os cidadãos, pelo qual os indivíduos renunciam, em parte, suas liberdades inalienáveis em troca de proteção e da preservação de determinadas garantias, bem como da satisfação de interesses comuns (OIT, 2019a, p. 65). No entanto, segundo afirma a Comissão, “existe agora uma ampla variedade de acordos entre países e regiões, independentemente do seu nível de desenvolvimento, que definem as relações entre o governo e os cidadãos, os trabalhadores e as empresas e os diferentes grupos da população. Adaptados a condições específicas, estes contratos sociais refletem um entendimento comum de que, em troca da contribuição dos trabalhadores para o crescimento e a prosperidade, é-lhes garantida uma participação justa nesse progresso, com respeito pelos seus direitos e proteção contra alguns dos aspetos mais imprevisíveis da economia de mercado. Diante dessa concepção, o relatório chega a declarar, inclusive, que a Constituição da OIT é o contrato social mais ambicioso da história, no sentido de representar um marco conciliatório dos esforços dos Estados a fim de estabelecer parâmetros de regulação mínimos nas relações laborais, exatamente porque a força de um contrato social viável reside no diálogo social entre os diversos atores envolvidos no mundo do trabalho (Estados, empregadores e trabalhadores) (*ibidem*, p. 23).

um mundo do trabalho justo, equitativo e digno. Ainda faz um apelo à formulação de políticas⁹ nacionais e internacionais “para apoiar cada pessoa a alcançar o que quer e o que precisa com o trabalho” (OIT, 2019a, p. 25).

Ou seja, segundo os critérios estabelecidos de forma global pela OIT, o equilíbrio será atingido na medida em que todos os atores sociais (Estado, empregadores, trabalhadores, técnicos, cientistas etc.) participarem ativamente das decisões sobre o trabalho e a partir do momento em que forem garantidos aos empregados um mínimo de dignidade em todo o período da duração do contrato de trabalho.

Ora, essa proposta normativa, a ostentar moldura densamente preventivo-democrática, embora ainda um tanto abstrata e tímida no plano internacional, encontra, por outro lado, já plena ressonância nas diretrizes jurídicas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sem dúvida, essa nova inclinação sociopolítica, própria à sociedade de risco, de sujeitar decisões empresariais sobre a organização do trabalho a rigorosas diretrizes éticas em pleno espaço político (BECK, 2010, p. 94)¹⁰ não contraria, mas, antes, pelo contrário, vem ao pleno encontro do que em nosso país há de mais comecinho a título de prisma jusambiental.

Deveras, como bem se sabe, todo trabalhador é titular do direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente do trabalho, o que se dá, basicamente, pela redução dos riscos a ele inerentes, inclusive os psicossociais,

⁹ A partir dessa e diversas outras passagens, o documento deixa evidente a adoção da *teoria das capacidades* elaborada por Amartya Sen e trabalhada por Martha Nussbaum, ambos também referenciados no seletor bibliográfico constante do Relatório (*ibidem*, p. 66). Nas palavras de Sen (1993, p. 1), o enfoque da capacidade “concebe a vida humana como um conjunto de ‘atividades’ e de ‘modos de ser’ que poderemos denominar ‘efetivações’ (*functionings*) e relaciona o julgamento sobre a qualidade da vida à avaliação da capacidade de funcionar ou de desempenhar funções”. Ainda segundo o autor, “o conjunto de capacidades representa a liberdade pessoal de realizar várias combinações de efetivações”.

¹⁰ Vale transcrever as palavras do próprio Ulrich Beck, ao tratar da dinâmica *política* dos riscos da modernização reconhecidos, como segue: “Onde ainda há pouco havia confiança mútua – nos detalhes técnicos, econômicos e jurídicos –, todos passam a dar seus palpites, e afinal não com máximas similares ou análogas e sim a partir de um sistema referencial totalmente distinto: os pormenores econômicos e ecológicos são colocados sob a luz de uma *nova moral ecológica*. Antes de mais nada, os que controlam as empresas, ou melhor: os que deveriam controlar. E em seguida aqueles que lucram com os erros que sistematicamente ocorrem nesses casos. [...] Mas já não é unicamente o instrumental consolidado da política que está em jogo [...], mas também o *apolítico* – a supressão das causas das ameaças no próprio processo de modernização – *torna-se político*. Questões que se encontram em território soberano do gerenciamento empresarial: detalhes da configuração do produto, dos processos produtivos, modalidades de energia e de tratamento de resíduos deixaram de ser somente questões relacionadas ao gerenciamento empresarial, convertendo-se ademais em “*vespeiro*” da *política governamental*, capaz de concorrer na mende dos eleitores até mesmo com os problemas do desemprego em massa” (BECK, 2010, p. 94-95 – grifos no original).

por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CRFB, art. 7º, *caput* e XXII, e art. 225, *caput*)¹¹, cabendo também ao Estado o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (CRFB, art. 225, § 1º, V), aqui incluídos, por óbvio, a qualidade de vida da população que trabalha e o próprio equilíbrio do meio ambiente laboral (CRFB, art. 200, VIII)¹². Igualmente, como é cediço, são princípios nucleares do Direito Ambiental os vetores axiológicos da *prevenção* e da *participação*¹³.

Isso significa, portanto, à luz dessa versátil malha jurídico-ambiental, que qualquer intenção patronal de implementar artefatos tecnológicos invasivos da intimidade e privacidade dos trabalhadores (tendentes a promover perigosa intensificação do trabalho e, por consequência, riscos à saúde mental) há de ser debatida de maneira prévia, ampla e transparente, envolvendo o maior número de atores sociais e sempre com auxílio técnico multidisciplinar, de maneira a se resguardar ao máximo a dignidade da pessoa humana.

Anotese, por fim, que a preocupação deste artigo focou a realidade específica de expedientes de vigilância tecnológica que afrontem a intimidade/privacidade dos trabalhadores (panópticos digitais) e redundem em indevida majoração de riscos psicossociais. A proposta conclusiva aqui publicada, porém, não se limita a situações que tais, podendo se constituir, naturalmente, também como a saída mais razoável para situações outras, igualmente potencializadoras de riscos à saúde obreira.

CONCLUSÃO

O conceito de modelo panóptico (visão do todo) surgiu com Jeremy Bentham, ganhou relevância com George Orwell e continuou a ser divulgado com Michel Foucault. Essa ideia começou como forma de

¹¹ Para aprofundamento, consulte-se: MARANHÃO, Ney. Comentários art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 649.

¹² Para uma análise do meio ambiente do trabalho debaixo da ótica do Direito Ambiental, confira-se, entre outros: MARANHÃO, Ney. **Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹³ A respeito da principiologia do Direito Ambiental, entre outros, confira-se: SADELEER, Nicolas de. **Environmental principles: from political slogans to legal rules**. Translated by Susan Leubusher. New York: Oxford University Press, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

controle em presídios e atualmente se faz presente também nas empresas que têm o intuito de controlar completamente, por exemplo, a sua atividade produtiva.

O poder diretivo do empregador é dividido em três prerrogativas fundamentais: poder de organização, disciplinar e de controle, sendo essa última o maior foco desse artigo. Contudo, há limites para o exercício de fiscalização, sendo um deles o direito à privacidade (em sentido amplo) do trabalhador.

A preservação da vida privada do ser humano é fundamental para a sua dignidade e, nas relações trabalhistas, o controle exacerbado desse aspecto da personalidade do empregado é extremamente prejudicial, sobretudo à sua saúde psíquica.

Atualmente, com novas tecnologias dotadas da associação entre inteligência artificial, *big data* e internet das coisas, cada vez a fiscalização consegue ir mais fundo na intimidade do trabalhador, provocando problemas a longo prazo, como depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), transtorno de personalidade limítrofe (TPL) ou síndrome de “burnout” (SB).

O conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à privacidade e intimidade do empregado é evidente e de urgente necessidade de discussão. A Organização Internacional do Trabalho contribui com o assunto quando afirma que um ponto de equilíbrio será atingido na medida em que todos os atores sociais (Estado, empregadores, trabalhadores, técnicos, cientistas etc.) participarem ativamente das decisões sobre trabalho, garantindo-se dignidade aos empregados.

Conclui-se, em perspectiva labor-ambiental e forte nos princípios da prevenção e participação, que qualquer intenção patronal de implementar artefatos tecnológicos invasivos da intimidade e privacidade dos trabalhadores (tendentes a promover perigosa intensificação do trabalho e, por consequência, riscos à saúde mental) deve ser debatida de maneira prévia, ampla e transparente, a envolver o maior número de atores sociais e com auxílio técnico multidisciplinar, sempre com vistas a se resguardar ao máximo a dignidade da pessoa humana.

Seguir caminho diferente implicará não apenas riscos inaceitáveis à saúde dos trabalhadores, como também sérias discussões a respeito de responsabilidades patronais nessa situação, a par da materialização de evidente afronta a variados comandos constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, L. A. **Modelo panóptico prega o poder por meio da vigilância total do homem.** Site da Globo Ciência, 2012. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2012/03/modelo-panoptico-prega-o-poder-por-meio-da-vigilancia-total-do-homem.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

AMARAL, J. R. P. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, J. A M. **A utilização de meios eletrônicos no ambiente de trabalho: a colisão entre os direitos à intimidade e à privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador.** Dissertação. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: ed. 34, 2010.

BELTRAN, A. P. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade.** São Paulo: LTr, 2001.

BENTHAM, J. **O Panóptico.** In: ofensores ou cidadãos? Willan, 2012 p. 28-30.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: secção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

CALVO, A. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho.** Correio Eletrônico: Revista Eletrônica, jun. 2013. p. 54-68.

CAMPELLO, C.; VERBICARO, D.; MARANHÃO, N. Os limites do poder diretivo patronal no uso de redes sociais pelos trabalhadores. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 45, n. 200, p. 145-164, abr. 2019.

CARELLI, R. L. Direitos Constitucionais sociais e os Direitos Fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: RT, ano 11, v. 42, janeiro-março, 2003.

CHEN, S. **“Esqueça o vazamento no Facebook”: a China está extraíndo dados diretamente dos cérebros dos trabalhadores em escala industrial.** South China Morning Post, 2018. Disponível em: <https://www.scmp.com/news/china/society/article/2143899/forget-facebook-leak-china-mining-data-directly-workers-brains>. Acesso em: 03 jun. 2019.

DELGADO, M. G. **O poder empregatício.** São Paulo: LTr, 1996.

ENGEL, R. J. **O “Jus Variandi” no contrato individual do trabalho: estudo teórico-crítico em face de princípios gerais do direito aplicáveis ao Direito do Trabalho.** São Paulo: Ltr, 2003.

FORD, M. **Os robôs e o futuro do emprego.** Tradução de Claudia Gerpe Duarte. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir.** Leya, 2014.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HAN, B. C. **Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder.** Traducción de Alfredo Bergés. Barcelona: Herder Editorial S.L., 2014.

HAN, B. C. **Sociedade do cansaço.** Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada – Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

MARANHÃO, N. **Poluição labor-ambiental: abordagem conceitual da degradação das condições de trabalho, da organização do trabalho e das relações interpessoais travadas no contexto laborativo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARANHÃO, N. Comentários art. 7º, inciso XXII, da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. (coordenadores científicos). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARANHÃO, N.; SAVINO, T. A. C. O futuro do trabalho sob o olhar da OIT: análise do relatório “Trabalhar para um futuro melhor” (março/2019). **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 45, n. 203, p. 213-230, jul. 2019.

MILL, J. S. **A liberdade/utilitarismo.** 1. ed. Martins Fontes, 2000.

MISUGI, G.; DE ALMENDRA FREITAS, C. O.; EFING, A. C. Releitura da Privacidade Diante das Novas Tecnologias: Realidade Aumentada, Reconhecimento Facial e Internet das Coisas. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 16, n. 2, p. 427-453, 2016.

MOLINA, A. A.; HIGA, F. C. Direito ao Esquecimento nas Relações de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 195/2018. p. 63-109. nov. 2018.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31.ed. São Paulo: LTr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalhar para um Futuro Melhor**. Lisboa: OIT, 2019a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Segurança e Saúde no Centro do Futuro do Trabalho: Tirando partido de 100 anos de experiência**. Lisboa: OIT, 2019b.

ORWELL, G. **1984**. Tradução de Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RAWLS, J. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenia M. R. Esteves - São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROMITA, A. S. **O poder disciplinar do empregador**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

SADELEER, N. **Environmental principles: from political slogans to legal rules**. Translated by Susan Leubusher. New York: Oxford University Press, 2002.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SATO, L.; BERNARDO, M. H. Saúde mental e trabalho: os problemas que persistem. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, p. 869-878, 2005.

SEN, A. **O desenvolvimento como expansão de capacidades**. Lua Nova, n. 28-29, 1993.

SCHWAB, K. **The Fourth Industrial Revolution**. Genebra: World Economic Forum, 2016.

SIMÓN, S. L. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

SUPIOT, A. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função a função antropológica do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

UGUINA, J. M. **El futuro del trabajo en la era de digitalización y la robótica**. In: Conferencia del 44 Cursos de Especialización em Derecho. Universidad de Salamanca, jan. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ld-NMI6i6HA&t=2956s>. Acesso em: 05 jun. 2019.

AS DINÂMICAS GLOBAIS DO TRABALHO FORÇADO: A VULNERABILIDADE TRABALHISTA DO MIGRANTE FRENTE ÀS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS

THE GLOBAL DYNAMICS OF FORCED LABOR: MIGRANTS LABOR VULNERABILITY IN RELATION TO MIGRATION POLICIES

Thiago Gonçalves Paluma Rocha *

Letícia Arantes Kehdi **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A definição contemporânea de trabalho forçado. 2 As dinâmicas transacionais do trabalho forçado. 3 O paralelo entre a rigidez das políticas migratórias e a vulnerabilidade dos migrantes. 4 Migração e trabalho forçado. 5 Medidas de combate ao trabalho forçado. 5.1 O interesse das entidades privadas. 5.2 O dever das entidades públicas. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo analisará, inicialmente, o conceito contemporâneo de trabalho forçado, com o intuito de traçar o efeito que as políticas migratórias de um determinado país possuem na vulnerabilidade do migrante frente ao trabalho forçado. Outrossim, serão levantadas as medidas que devem ser adotadas para garantir a segurança trabalhista no processo migratório. Conclui-se que as leis migratórias mais rígidas não necessariamente são eficazes em impedir os movimentos migratórios, mas fomentam a imigração irregular, a qual, por sua vez, aumenta a incidência de abusos trabalhistas contra os imigrantes, restringindo o acesso dos mesmos ao sistema judiciário e aumentando a propensão de exploração. Tal cenário contribui para a incidência do trabalho forçado entre a população imigrante, o que prejudica também os nacionais, pois contribui para a corrupção do sistema econômico do país.

Palavras-chave: Migração. Trabalho Forçado. Leis trabalhistas. Políticas Públicas. Crime Organizado Transnacional.

ABSTRACT: *The present study will, initially, analyze the contemporary concept of forced labor, in order to trace the effect that migration policies of a given country have on the migrant's vulnerability to forced labor. In addition, it will explore the measures that should be taken to ensure labor security in the migratory process. It follows that stricter migration laws are not necessarily effective in stopping migratory movements, but encourage irregular migration, which in turn, increases the incidence of labor abuse against immigrants by restricting their access to the judiciary and increasing the chances of exploration. This scenario contributes to the incidence of forced labor among the migrant population, which also harms nationals, as it contributes to the corruption of the country's economic system.*

Keywords: *Migration. Forced Labor. Labor Law. Public Policy. Organized Transnational Crime.*

* Doutor em Direito Internacional Privado. Mestre em Direito, com pesquisa realizada na área de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Professor de Direito Internacional Privado, Comércio Internacional e Propriedade Intelectual.

** Bolsista de Iniciação Científica UFU/FAPEMIG. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (GEPDI). Monitora da Assessoria Jurídica para Estrangeiros em Situação Irregular e de Risco (AJESIR).

Artigo recebido em 10/11/2019 e aceito em 18/11/2019.

Como citar: ROCHA, Thiago Gonçalves Paluma; KEHDI, Letícia Arantes. As dinâmicas globais do trabalho forçado: a vulnerabilidade trabalhista do migrante frente às políticas migratórias. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 191-211. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Os fluxos migratórios internacionais ocorrem, em grande parcela, por motivo laboral, tendo em vista que a decisão de se locomover, ainda que influenciada por uma miríade de fatores, costuma envolver a busca por melhores condições de vida. Todavia, é comum entre países receptores a edição de textos normativos com o intuito de conter a entrada de migrantes nacionais, com fundamento na suposta proteção da segurança nacional, da ordem pública e da economia doméstica. No entanto, os atos normativos que almejam o controle migratório produzem efeitos contrários à sua finalidade, sendo um dos fatores que amplia a migração irregular.

Em 2017, mais de sessenta e oito milhões de pessoas foram vítimas da migração forçada, por tal motivo, é essencial discutir as vulnerabilidades dos migrantes, buscando traçar possíveis meios de promover a proteção dos mesmos.

O presente estudo possui como escopo principal averiguar se políticas migratórias rígidas, isto é, corpos normativos que visem influenciar o volume e caráter dos fluxos migratórios em um determinado estado nacional, possuem como consequência o aumento da vulnerabilidade dos imigrantes frente ao trabalho forçado.

Destarte, a presente pesquisa buscará (i) compreender o fenômeno do trabalho forçado na sociedade moderna, (ii) o efeito que as políticas públicas com o intuito de frear os fluxos migratórios possuem nos migrantes forçados e (iii), por fim, medidas necessárias para a proteção das vítimas. Para tal, será utilizado como referencial bibliográfico as teses desenvolvidas pelo Professor Hein de Haas, com ênfase na pesquisa “*Determinants of International Migration*”.

1 A DEFINIÇÃO CONTEMPORÂNEA DE TRABALHO FORÇADO

A escravidão foi fundamental para diversas sociedades ao longo da história. A elite grega jamais teria atingido o desenvolvimento artístico, científico, social e político se não estivesse alicerçada em uma população pobre que desenvolvia serviços por meio do trabalho escravo (FINLEY, 1980).

A origem da sociedade ocidental atual é baseada no escravismo, no entanto, tal meio de trabalho não foi completamente superado. De acordo

com dados da Organização Internacional do Trabalho, em 2016, quarenta milhões de pessoas eram vítimas da escravidão no mundo (OIT, 2017).

Contudo, as dinâmicas envolvidas no trabalho escravo mudaram ao longo da história e compreender tais alterações é essencial para idealizar medidas de enfrentamento à escravidão. Devido à carga histórica associada aos termos escravidão e trabalho forçado é mister diferenciar os contextos envolvidos na escravidão no passado e atualmente.

Desde a Segunda Guerra Mundial, a população mundial aumentou em quase trezentos por cento e grande parte de tal crescimento ocorreu no hemisfério Sul do globo, em regiões pobres, assoladas por instabilidade política e violência, os quais configuram o contexto ideal para a manutenção do trabalho forçado (BALES, 2012).

A situação supramencionada é um fator que constitui uma das principais diferenças entre o trabalho forçado contemporâneo e o do passado. Durante o período da escravidão africana, os escravos eram considerados uma mercadoria valiosa e possuíam alto valor econômico, portanto, eram considerados bens valiosos, a serem mantidos por um longo prazo temporal.

Por outro lado, muitas das vítimas do trabalho forçado moderno são consideradas descartáveis, vez que, em razão do grande aumento demográfico atual, os escravos modernos são facilmente substituíveis e podem ser adquiridos por um valor extremamente baixo, portanto, não há qualquer estímulo para assegurar condições mínimas de sobrevivência (BALES, 2012).

Outra diferença fundamental são os meios de coerção. Ao contrário do período no qual que era possível legalmente possuir um ser humano, atualmente, os meios de coerção para manter um indivíduo submetido ao trabalho forçado são, necessariamente, ilegais e não formais.

De acordo com a OIT, a detenção de salários é o meio mais frequente de coerção e está presente em 23,6% dos casos de trabalho forçado, seguido por a ameaça de violência e pelo emprego de violência física. Ainda, ameaças contra a família, pagamento de dívida, detenção física e ameaça de processo legal estão entre os meios mais frequentes de coerção (OIT, 2017).

Além das diferenças expostas, é necessário traçar também uma diferença conceitual. O presente estudo analisará as dinâmicas envolvidas no trabalho forçado e, para tal, é necessário estabelecer o significado do termo.

Como já exposto, o trabalho escravo moderno não possui as mesmas características do período da escravidão africana, característica do século XIX, tampouco pode ser associado às condições de trabalho forçado em regimes totalitários como os de Stálin ou Hitler.

Por outro lado, o uso frequente dos termos “trabalho forçado” e “trabalho análogo ao escravo”, resultou em uma perda de significado de tais conceitos, que, muitas vezes são utilizados de maneira leviana para caracterizar abusos trabalhistas, os quais, embora graves, não constituem trabalho forçado.

Entre os dois extremos supracitados encontra-se a realidade atual do trabalho forçado, que envolve graves violações dos direitos humanos e possui como uma das principais características a restrição da liberdade de escolha das vítimas.

Os dispositivos legais caracterizam o trabalho forçado de diferentes maneiras. No âmbito doméstico, o Código Penal Brasileiro coíbe o uso de trabalho forçado no art. 49, o qual aduz:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.” (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940)

Verifica-se que o dispositivo não é suficiente para estabelecer a definição de trabalho forçado, pois o trata como uma espécie para o gênero “condição análoga à de escravo”, que também inclui a espécie trabalho degradante (FILHO, 2014).

Tal divisão suscitou críticas no âmbito jurisprudencial e doutrinário, vez que não estabelece com precisão o bem jurídico tutelado. Tal afirmação é evidenciada pela discussão no Supremo Tribunal Federal relativa ao Inquérito 3.412/AL, na qual os ministros exibiram posições divergentes quanto a aplicabilidade do dispositivo no caso apresentado, o qual envolvia

a imposição de jornada exaustiva de trabalho, condições degradantes de trabalho, bem como o cerceamento da locomoção dos trabalhadores.

No âmbito internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) contribuiu para o tema por meio da interpretação do art. 4 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Tribunal diferencia os conceitos de escravidão, servidão e trabalho forçado ou compulsório.

Para a definição de trabalho escravo, o TEDH faz referência à Convenção sobre a Escravatura de 1926, estabelecendo como necessário o exercício dos atributos do direito de propriedade (TEDH, 2005b, §122).

Por outro lado, estabelece uma definição mais ampla de trabalho forçado, interpretando como aquele para o qual o indivíduo não se sujeitou voluntariamente e pratica sob ameaça de punição (TEDH, 1983, §37). Outrossim, estabelece que servidão é uma modalidade mais gravosa do mesmo, a qual engloba também o sentimento, por parte da vítima, de que sua condição é permanente (TEDH, 2012, §91).

No caso *Chowdury e Outros vs. Grécia*, o TEDH (2017, §91) observou que a restrição de liberdade não é essencial para a constituição de trabalho forçado, mas que a natureza e o volume da atividade praticada devem ser considerados e as mesmas devem gerar um ônus desproporcional para as vítimas.

Ainda, estabeleceu a impossibilidade do consentimento, ressaltando que o aceite prévio às condições de trabalho impostas não é suficiente para excluir a caracterização de trabalho forçado.

No Sistema Interamericano, destaca-se o caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu serem dois os elementos necessários para a constituição de trabalho escravo, vejamos (CADH, 2016 §270):

(i) o estado ou condição da vítima, o qual deve ser analisado sob a perspectiva factual, portanto, não se faz necessária a existência de documentos ou normas legais que formalizem tal condição;

(ii) o exercício de, ao menos, algum dos atributos do direito de propriedade, categorizado como o controle de um indivíduo sobre o outro, do qual decorre a anulação da personalidade da vítima, sendo a sua liberdade pessoal significativamente restringida.

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho, nas Convenções 29 e 105, estabeleceu a definição mais utilizada e específica para o conceito de trabalho forçado, a qual será a utilizada para o presente estudo.

A Convenção nº 29 define trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (OIT, 1930).

2 AS DINÂMICAS TRANSACIONAIS DO TRABALHO FORÇADO

Para bem compreender as dinâmicas do trabalho forçado, faz-se necessário considerar as origens da demanda de tal modalidade de exploração de serviço.

Verifica-se que 24% do trabalho forçado no mundo decorre do trabalho doméstico e o restante está dividido em atividades como construção, manufatura, agricultura e pesca, venda, mineração e outros (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017), tais atividades podem ser generalizadas a partir da sua finalidade, qual seja, a geração de produtos destinados ao comércio.

Dividir o trabalho forçado nas duas modalidades descrita é importante, pois a dinâmica envolvida no trabalho doméstico apresenta diferenças significativas em relação a envolvida no trabalho que possui como finalidade o comércio.

a) Trabalho doméstico forçado

Os trabalhadores domésticos são uma categoria de risco para o trabalho forçado, pois as atividades prestadas ocorrem na privacidade dos lares, o que dificulta a fiscalização de agências governamentais.

Ademais, a esfera de intimidade do lar, faz com que os laços trabalhistas se confundam com laços de afeto, dificultando a percepção do abuso pelas vítimas. Essas, muitas vezes, cultivam o sentimento de gratidão pelos exploradores, acreditando que as condições de vida e trabalho garantida pelos mesmos são superiores as que seriam experienciadas caso não desenvolvessem tal atividade (VILLATORE ; PERON, 2016).

Outrossim, poucos países possuem legislação trabalhista específica para tal modalidade de trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2009).

Verifica-se que 80% do trabalho doméstico do mundo ocorre nos países desenvolvidos e 24% de tal modalidade de trabalho é prestada com trabalho forçado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017). Diante do exposto, é evidente que as dinâmicas de trabalho doméstico nessa região envolvem abusos.

Ainda, no mundo há aproximadamente 67 milhões de trabalhadores domésticos, desses, mais de 11 milhões são imigrantes, dos quais, 22% estão na Europa (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017).

Perante o exposto, percebe-se que a dinâmica envolvida nos movimentos migratórios, conjugado com os fluxos de trabalho doméstico forçado, faz parte da manutenção da relação de poder entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos (ARANGO; GORFINKIEL; MOUALHI, 2013).

b) Trabalho forçado direcionado à produção de bens comerciais

Desde os anos 1970, o setor de manufatura tem sido deslocado dos países desenvolvidos para o sul global, onde as atividades são desenvolvidas por trabalhadores pouco remunerados (CASTLES; HAAS; MILLER, p. 241).

A maior incidência de trabalho forçado para fins comerciais ocorre na região da Ásia e do Pacífico, a qual exporta grande parte da sua produção econômica. De acordo com dados do Fundo Monetário Internacional, o volume de exportação de bens em 2018 entre os países emergentes da Ásia cresceu 6,4%, por outro lado, a média global foi um terço menor (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2018).

Tal número demonstra que os bens produzidos na região são, em grande parte, direcionados a suprir a demanda do consumo global, ou seja, as dinâmicas de trabalho forçado que ocorrem nos países subdesenvolvidos fazem parte da escala global de demanda por produtos.

Ao analisar exemplos de trabalho forçado, é possível notar tal padrão. Como exemplo, cita-se a produção de artefatos para uso médico, como as luvas cirúrgicas, que constituem uma indústria global avaliada em US\$ bilhões e são produzidas principalmente na Ásia, em fábricas nas quais são documentados abusos, como horas de trabalho excessivas, retenção ilegal de passaportes, encarceramento ilegal e violência física contra os trabalhadores (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017).

Outro exemplo, é a indústria do algodão, que, entre 2001 e 2002, foi responsável por empregar de 80.000 crianças na Índia, as quais trabalhavam durante 12 a 13 horas por dia em fazendas de sementes de algodão, em situação de escravidão por dívida em razão de adiantamentos pagos aos seus pais. A produção de tais fazendas é voltada para empresas

multinacionais como a Monsanto e Syngenta, que estabelecem preços de mercado que tornam impossível estabelecer condições decentes de trabalho (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018a)

O consumo de eletrônicos é um dos exemplos mais contundentes. Mais da metade do cobalto, um mineral presente nas baterias recarregáveis, utilizados em veículos eletrônicos e celulares é proveniente da República Democrática do Congo.

No país, aproximadamente, 20% das minas são artesanais, ou seja, a extração é feita com pouco ou nenhum auxílio de equipamentos capazes de garantir a segurança dos trabalhadores. Tais minas empregam adultos e crianças a partir de sete anos, que trabalham durante até 12 horas por dia, em pé, e em contato direto com minerais que podem ser tóxicos. Apesar de tais situações, recebem em torno de um a dois dólares americanos por dia (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018b).

Todavia, nem todas as atividades econômicas pouco remuneradas que beneficiam os países desenvolvidos são “exportadas” para países subdesenvolvidos, como por exemplo o setor da construção civil, dos pequenos negócios e da agricultura. Em tais setores, nota-se a vulnerabilidade trabalhista dos migrantes (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES, 2019).

Destaca-se que em muitos países os vistos de trabalho são conectados a um determinado posto de trabalho, portanto, a perda do cargo ou função pode ocasionar na perda do direito de habitar o território em que se encontra (LEWIS; WAITE, 2015).

Tal modalidade de controle migratório resulta na ampliação da vulnerabilidade do migrante trabalhador, que sujeita-se a abusos com a intenção de evitar tornar-se irregular ou ser deportado.

3 O PARALELO ENTRE A RIGIDEZ DAS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E A VULNERABILIDADE DOS MIGRANTES

A mobilidade humana é estimulada por diversos fatores e, embora a principal categoria de entrada de um indivíduo em um território estrangeiro é por meio da reunião familiar (CASTLES; HAAS; MILLER, 2014, p. 240), é indiscutível o elemento econômico de toda migração internacional.

Na maioria dos casos, o desejo de melhores condições sociais, o qual engloba a busca por trabalho (MOREIRA, 2019, p. 225), faz parte

decisão de migrar e os fluxos migratórios impactam a economia dos países receptores e de origem.

A última década contou com um aumento de mais de 50% (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2018) do fluxo migratório internacional e os efeitos gerados por tal movimento nos países de destino os levam a instituir políticas públicas com o intuito de frear a entrada de imigrantes em seus territórios.

Portanto, a migração passou a ser sujeitada ao rígido controle de fronteiras pelos estados nacionais e foi deslocada para o campo da segurança nacional, no qual há uma busca por fatores objetivos para a seletividade entre os seres humanos (REDIN, 2017, p. 137), com o intuito de determinar aqueles que podem ou não adentrar a fronteira de maneira regular e legal.

No entanto, leis migratórias mais rígidas dificilmente cumprem com os seus objetivos e, como consequência, tendem a gerar fluxos alternativos de migração, sendo que muitos são irregulares.

Um estudo conduzido por Czaika e Hobolth (2014) entre 2001 e 2011, o qual coletou dados relacionados a solicitação de asilo em 29 países europeus, concluiu que o aumento de dez por cento das rejeições de vistos temporários resultou em um aumento de quatro a sete por cento de cruzamentos irregulares pela fronteira.

De acordo com os resultados da pesquisa promovida pelo “*DEMIG Project – Determinants of International Migration*”, as políticas migratórias com o fulcro de coibir a entrada de imigrantes geram, em longo prazo, quatro “efeitos de substituição”, que limitam os seus efeitos restritivos (HAAS *et al*, 2018).

Os “efeitos de substituição” descritos na pesquisa são os seguintes: (a) substituição espacial, que resulta da entrada dos imigrantes por locais alternativos diante do fechamento de fronteiras; (b) substituição de categoria, a qual ocorre quando textos normativos dificultam a concessão de um determinado tipo de visto, o que gera um aumento dos pedidos de concessão de outra categoria de visto ou a entrada irregular no território; (c) substituição intertemporal, que decorre da necessidade de debater publicamente as políticas públicas antes de instituí-las, o que pode gerar a intensificação do fluxo migratório em razão do temor do aumento da dificuldade de adentrar o território de um determinado país no futuro; e (d) substituição por fluxo reverso, que é percebida quando o aumento do controle das fronteiras de um determinado país desencoraja,

em contrapartida, o retorno dos imigrantes aos seus países de origem, causando, ainda, um estímulo a imigração em rede para tal território (HAAS *et al.*, 2018).

Tem-se que as políticas migratórias rígidas dificilmente cumprem seus objetivos iniciais e um dos fatores que explica tal fato pode ser encontrado nos argumentos que desbancam a teoria migratória tradicional da atração/ expulsão.

A teoria neoclássica explica por que as pessoas migram utilizando a dicotomia do *push and pull* (CAVALCANTI *et al.*, 2017, p. 16), a qual, por meio da análise fatores econômicos, ambientais e demográficos traça os motivos que levam as pessoas a sair de um local para estabelecer-se em outro (CASTLES; HAAS; MILLER, 2014, p. 28).

Todavia, tal teoria falha em explicar o motivo pelo qual, mesmo em situações precárias, poucas pessoas migram ou o fenômeno da migração de retorno ser, frequentemente, concomitante à emigração, além de assumir que a decisão de se locomover é completamente racional e baseada em fatores objetivos (CASTLES; HAAS; MILLER, 2014).

Por outro lado, a teoria histórico-estrutural da perspectiva do mercado de trabalho dual (*dual labour market theory*) analisa os determinantes da migração internacional com base na demanda dos países desenvolvidos por mão de obra qualificada e não qualificada (PIORE, 1979).

O estudo baseado na segmentação do mercado de trabalho, embora falhe em explicar a complexidade dos fluxos migratórios por focar na análise de apenas um fator, é importante para a presente pesquisa por analisar a importância econômica dos migrantes no país de destino.

É mister ressaltar, todavia, que a demanda pela mão de obra de migrantes não qualificados é explicada por interesses econômicos e políticos, que, com o intuito da maximização do lucro, mantem certos postos de trabalho com remuneração e condições precárias (CASTLES; HAAS; MILLER, 2014, p. 240).

Portanto, fatores econômicos nos países receptores tornam a migração almejada por setores da população que visam lucrar com a mesma. Contudo, dita demanda decorre da não melhoria dos postos de trabalho os quais, conseqüentemente, são ocupados por indivíduos vulneráveis, cuja liberdade de escolha é restrita pela situação social em que estão inseridos.

Sob tal perspectiva, a instabilidade e insegurança do processo migratório são benéficas para certos setores da sociedade, vez que

contribuem para a sujeição dos indivíduos a posições precárias de trabalho, aumentando o lucro percebido pela atividade.

Outrossim, certos fluxos migratórios são permeados por fatores culturais e sistemáticos, como por exemplo, a migração entre naturais do México para os Estados Unidos. Nesses casos, as políticas migratórias podem ser ineficientes, tendo em vista que a rede de migrantes estabelecida entre os dois territórios é capaz de oferecer aos indivíduos ferramentas alternativas para a entrada irregular no país (CZAIKA; HOBOLTH, 2014).

Ainda, nas situações em que a mobilidade é estimulada pela necessidade de fugir de situações que, potencialmente, podem gerar danos à vida ou à integridade física, a migração é interpretada como uma necessidade, não uma escolha, portanto, será menos influenciada por legislações restritivas.

Diante do exposto, percebe-se a conexão entre dois fatores: (i) as políticas migratórias voltadas ao fechamento de fronteiras não geram os efeitos desejados e possuem o efeito colateral de estimular a imigração irregular (CASTLES, 2014), (ii) o que contribui para a vulnerabilidade dos migrantes em relação ao aproveitamento oneroso da mão de obra, beneficiando aqueles que os exploram.

4 MIGRAÇÃO E TRABALHO FORÇADO

O trabalho forçado, embora praticado dentro dos limites territoriais de um país está intrinsecamente ligado à globalização e já foi considerado pela OIT como o “*underside of globalization*” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2001) ao analisar a ligação de tal prática com o tráfico humano.

De acordo com dados da OIT, 23% das vítimas do trabalho forçado foram submetidas a tal prática em um país estrangeiro (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2017). Tal número demonstra de maneira inequívoca a vulnerabilidade dos migrantes frente a abusos trabalhistas.

As análises empíricas suportam a relação entre políticas de fechamento de fronteiras e o aumento do fluxo de migrantes irregulares. A entrada destes, frequentemente, é alicerçada na atividade de recrutadores ilegais, o que os torna vulneráveis a violações desde o momento em que iniciam o processo migratório.

Koser (2000), em uma análise empírica constatou que, entre 32 informantes iranianos entrevistados na Holanda, 29 haviam adentrado o país por meio de contrabandistas ao terem suas solicitações de asilo rejeitadas.

Portanto, a necessidade de buscar meios alternativos e irregulares de entrada em um país propicia a prática do tráfico humano, pois os recrutadores atraem as vítimas sob a promessa de suporte cultural, social, financeiro, documental e informacional.

Por serem responsáveis pela promoção do trânsito entre o país de origem e o receptor, os recrutados assumem o controle do processo migratório das vítimas, influenciando, inclusive, na seleção do destino (KOSER, 2000), o que resulta no afastamento das vítimas de eventuais redes sociais de apoio em tais países.

Ainda, o tráfico humano, diferentemente do contrabando de imigrantes, o qual é constituído pelo facilitamento ilegal da mobilidade entre fronteiras internacionais, é inerentemente ligado à exploração, que é o seu objetivo.

Nos termos do “*Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*”, para a constituição do delito de tráfico humano, faz-se necessário a presença de três elementos: (i) uma ação, que envolva, por exemplo, o recrutamento ou transporte de uma pessoa, (ii) um meio, que deve envolver: “ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra” (PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL RELATIVO À PREVENÇÃO, REPRESSÃO E PUNIÇÃO DO TRÁFICO DE PESSOAS, EM ESPECIAL MULHERES E CRIANÇAS, 2000) e (iii) a finalidade de exploração econômica.

Outrossim, quando diante de situações abusivas, os imigrantes irregulares possuem o acesso à justiça restrito em razão do temor de recorrer a autoridades e sofrerem sanções legais decorrentes da criminalização da migração.

Tal situação é evidenciada pela análise dos meios de coerção utilizados para manter pessoas em situação de trabalho forçado. Em quase 6% dos casos analisados pela OIT (2017), a ameaça de processos judiciais contra a vítima estava presente como um mecanismo de coerção, verifica-

se que os imigrantes irregulares são mais vulneráveis a tal ameaça, por não sentirem que são amparados pelo sistema judiciário do país em que residem.

Ademais, por raramente conhecerem as leis trabalhistas dos locais em que estão empregados, muitas vezes, os trabalhadores imigrantes são tratados de maneira desigual em relação a seus pares.

5 MEDIDAS DE COMBATE AO TRABALHO FORÇADO

O presente estudo não pretende exaurir os diversos elementos que devem fazer parte do combate ao trabalho forçado, mas listar possíveis medidas essenciais para tal, sob a perspectiva das dinâmicas globais e da proteção do migrante.

É evidente a relação do uso do trabalho forçado com a globalização, mais especificamente, com a demanda global por produtos e serviços. Portanto, ao pensar em medidas efetivas para desestimular o uso do mesmo, é necessário pensar em um âmbito internacional, por isso, o uso da governança global como uma ferramenta é extremamente relevante.

O Conceito de Governança foi criado pelo Banco Mundial em 1980 (FARIAS; REI, 2016), em um contexto de surgimento de novos atores no cenário global, cujo poder transcendia a soberania estatal. Tais atores englobavam agências estatais que atuavam para além dos limites territoriais de seus Estados e entes não governamentais, mas que possuíam influência em um nível anteriormente ocupado apenas por nações (FINKELSTEIN, 1995).

Rosenau (2007) afirma que o conceito envolve a “desterritorialização” do poder, através de “esferas de autoridade” (spheres of authority), que se referem ao exercício do poder nos diversos níveis das relações humanas e possuem a capacidade de influir no comportamento de atores globais. Tais esferas se sobrepõem em escala global, criando uma rede de poder.

Uma das diferenças essenciais entre governo e governança é a legitimidade para o exercício do poder (FARIAS; REI, 2016). Vez que as esferas de autoridade descritas por Rosenau não constituem autoridades formais, a aderência dos participantes no exercício do poder é voluntária e apenas pode ser estabelecida por meio de objetivos em comum.

Em outras palavras, o poder emanado por uma esfera de autoridade apenas surtirá efeitos se aqueles que estão na mira de determinada diretiva estiverem dispostos a cumpri-la.

A governança global envolve tanto atores privados quando públicos e, ao considerar medidas de combate ao trabalho forçado, é necessário considerar os interesses e deveres de ambas as partes.

5.1 O interesse das entidades privadas

Para além da obrigação legal, as instituições que compõem o setor privado dificilmente criarão medidas de combate ao trabalho forçado se não houver um benefício econômico em tal alteração. Essa situação constitui um empecilho, vez que a mão de obra do trabalho forçado gera a diminuição de custos ao longo da cadeia de produção.

No entanto, o uso do trabalho forçado apresenta também um risco, vez que a exposição de tais práticas pode gerar publicidade negativa para a empresa praticante e afetar o seu desenvolvimento econômico.

Um caso emblemático que demonstra o efeito negativo do uso do trabalho forçado na linha de produção foi o envolvendo uma empresa de equipamentos esportivos norte-americana. Entre os anos 1991 e 1997 essa empresa foi alvo de investigação de diversas empresas do ramo do jornalismo, que revelaram a realidade das fábricas da empresa localizadas na Ásia.

As reportagens revelaram que os trabalhadores eram expostos a carcinogêneos em níveis 177 vezes superior ao considerado seguro, eram obrigados a enfrentar jornadas de trabalho de 65 horas semanais por uma remuneração consideravelmente inferior à estabelecida pelas leis locais e eram submetidos à violência física (BEDER, 2002).

Em razão das situações expostas, estudantes organizaram protestos em mais de 50 cidades americanas, o que levou o presidente da companhia a admitir que o nome da marca havia se tornado sinônimo de salários a níveis escravistas, horas extras forçadas e abusos (BEDER, 2002).

A empresa sofreu graves prejuízos financeiros, os quais apenas começaram a ser recuperados após iniciativas da empresa de reparar a situação. Algumas das medidas adotadas foram a criação de uma instituição que reúne empresas e representantes de direitos humanos para efetuar monitoramentos independentes das condições de trabalho, a criação de um código de conduta, o estabelecimento de uma idade mínima para os trabalhadores e a expansão de programas educacionais voltados aos funcionários (MURPHY; MATHEW, 2001).

As medidas adotadas pela marca não foram suficientes para adequar a situação de seus trabalhadores às estabelecidas pelo

ordenamento jurídico em países desenvolvidos, que representam a maior parte do mercado de consumo da marca, no entanto, as condições de trabalho foram aprimoradas.

Apenas é possível notar avanços na responsabilidade social de empresas quando o mesmo é responsável por uma resposta positiva dos consumidores, dessa forma, os interesses das entidades privadas no enfrentamento ao trabalho forçado dependem do consumo consciente do mercado.

Para o sucesso econômico de uma empresa, seus produtos devem ser atrativos para o público, e, conforme o caso da marca Nike, quando notícias de abusos nas cadeias produtivas são amplamente divulgados, a aprovação da empresa responsável decresce, o que estimula mudanças no tratamento dos trabalhadores. Verifica-se, portanto, que a consciência do consumidor possui uma ligação com a tomada de decisões dos dirigentes de entidades privadas.

Apesar de não ser possível atribuir às organizações privadas toda a responsabilidade de enfrentar o uso do trabalho forçado, tampouco é eficaz considerar soluções que não as envolvam, vez que são, muitas vezes, as responsáveis pelo mesmo.

5.2 O dever das entidades públicas

O dever das entidades públicas, como os governos estatais, é, inicialmente, ético. Verifica-se que, entre as funções do Estado, encontra-se o dever de resguardar e fornecer segurança aos indivíduos sob a sua jurisdição, portanto, a inércia dos Estados diante das graves violações de Direitos Humanos envolvidas no trabalho forçado, é uma falha no cumprimento de uma obrigação que está envolvida na própria razão de sua existência.

Isso posto, aufere-se que a prática de trabalho forçado é indissociável da execução de múltiplos atos ilícitos, o que corrompe todo o sistema econômico da região e, portanto, gera impactos negativos que ascendem os danos causados às vítimas e prejudicam toda a sociedade envolvida.

Tal fato decorre de práticas como corrupção de oficiais, suborno, sequestro, tráfico de pessoas e de armas, extorsão e outros crimes frequentemente associados ao emprego do trabalho forçado.

Portanto, a própria existência do trabalho forçado constitui uma falha do mercado, vez que fere um de seus princípios, qual seja, a

liberdade dos trabalhadores de escolher os seus empregadores e carreiras. Tal autonomia é essencial para a manutenção do livre mercado de trabalho.

Os governos possuem também uma obrigação legal de adotar medidas de enfrentamento ao trabalho forçado, vez que a Corte Internacional de Justiça estabeleceu a proibição do trabalho escravo como uma obrigação “*erga omnes*” decorrente dos Direitos Humanos (ANISTIA INTERNACIONAL, 2018).

A coibição da escravidão possui natureza normativa de *jus cogens* (BASSIOUNI, 1996), portanto, é vinculante a todos os países, independente da ratificação de tratados internacionais que positivem tal norma.

O TEDH, ao decidir sobre o caso C.N. e V. vs França definiu que os Estados possuem duas obrigações em relação ao art. 4 da Convenção Europeia, que estabelece a vedação da servidão, do trabalho escravo, forçado e compulsório.

O Estado possui a obrigação positiva de punir e julgar ações que violem o art. 4, portanto, nos termos da jurisprudência do Tribunal, deve possuir um panorama administrativo e legislativo que proíba e puna os delitos supracitados (TEDH, 2005b, §89 e 112). Insta ressaltar, que a vedação legal civilista não é suficiente e o Estado é responsável por julgar criminalmente indivíduos que violem o art. 4 (TEDH, 2005a).

Outrossim, tem a obrigação processual de investigar situações de potencial exploração. O dever de investigar do Estado constitui uma obrigação de meio, a qual deve ser capaz de levar à punição e identificação dos responsáveis (TEDH, 2010, §288). Ainda, tal dever gera uma obrigação procedimental ao Estado de proteger potenciais vítimas, quando as autoridades estiverem, ou deverem estar, cientes de possível exploração (TEDH, 2017, §89).

O Direito Internacional também deve ser utilizado pelos Estados sob a perspectiva da cooperação internacional, vez que a mesma é essencial para a promoção da segurança trabalhista de imigrantes.

Além do dever de obedecer aos tratados bilaterais e multilaterais firmados entre países, os Estados devem cooperar durante a investigação e punição dos crimes de trabalho forçado.

Tendo em vista que, frequentemente, as vítimas de trabalho forçado em um território estrangeiro chegaram ao mesmo por meio do tráfico humano ou do contrabando de migrantes, pode haver um conflito de jurisprudência, tendo em vista que tais constituem crimes organizados transnacionais.

Nos termos do “ *Guidelines of International Cooperation: Trafficking in persons and smuggling of migrants*”, publicado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, o Estado é obrigado a julgar e investigar crimes de tráfico humano ou contrabando de migrantes quando o delito é cometido em seu território ou quando o recrutador está presente em seu território e o mesmo não pode ser extraditado em razão da legislação interna, portanto, aplica-se o princípio do Direito Internacional *Aut adere Aut judicare* (extraditar ou julgar).

Todavia, diante da transnacionalidade de tais delitos, é possível que mais de um Estado seja competente para exercer jurisdição, por isso, a comunicação e cooperação entre os mesmos é essencial.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, é possível inferir que as políticas migratórias tendem a não atingir completamente seus objetivos, quando envolvem a coibição da entrada de imigrantes em um determinado país.

Outrossim, apesar de inexisterem análises empíricas que demonstrem diretamente o efeito que as políticas migratórias possuem na incidência de trabalho forçado entre imigrantes, é possível compreender que o mesmo existe.

Tal afirmação decorre da comprovada conexão entre tentativas legislativas de fechamento de fronteiras e o conseqüente aumento da entrada irregular de imigrantes. O qual contribui para a incidência de tráfico humano, inerentemente ligado à exploração trabalhista, além de ser responsável por colocar os indivíduos em situação de exacerbada vulnerabilidade social, aumentando a suscetibilidade dos mesmos ao trabalho forçado.

É possível afirmar ainda que é inequívoca a característica transnacional da dinâmica envolvida no trabalho forçado e, que por envolver graves violações de direitos humanos e ser influenciadas por questões socioeconômicas de diversos países, deve ser pensado sob a ótica do Direito Internacional.

Portanto, para a promoção da segurança dos migrantes internacionais no âmbito trabalhista, é necessária a atuação de agentes governamentais e não governamentais, os quais devem atuar em cooperação uns com os outros.

REFERÊNCIAS

ALBROW, M. **The Global Age**. Londres: Polity Press, 1996.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **Global trends: forced displacement in 2017**. Genebra, 2018.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Phones, Eletric Cars and Human Rights Abuses**. Amsterdan, 2018b.

ANISTIA INTERNACIONAL. **The human Rights and Business Pages: forced labour**. Amsterdan, 2018a.

ARANGO, J.; GORFINKIEL, M.; MOUALHI, D. **Promover la integración de las trabajadoras y trabajadores domésticos en Espanha**. Genebra: Fundación José Ortega, 2013.

BALES, K. **Disposable people: new slavery in the global economy**. Ed. Revisada. Berkeley: University of California Press, 2012.

BASSIOUNI, C. **International crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes”**. Durhan: Duke University School of Law: Law and Contemporary Problems, Vol. 59, N° 4, 1996. p. 63-74.

BEDER, S. **Putting the Boot In**. The ecologista. Wollong, vol. 32, 2002. Disponível em: <https://herinst.org/sbeder/PR/nike.html#.XbtD2UZKjIU>. Acesso em: 29 out. 2019.

CADH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil**. Sentença de 2016.

CASTLE, S. **Why migration policies fail**. Oxford: Ethnic and Racial Studies, v. 27, 2004.

CASTLES; HAAS; MILLER. **The Age of Migration**. Nova Iorque: The Guilford Press, 5. ed, 2014.

CZAIKA, M.; HOBOLTH, M. **Deflection into irregularity? The (un) intended effects of restrictive asylum and visa policies**. Oxford: International Migration Institute. IMI Working Paper 84, 2014.

CAVALCANTI, L. et al. Um Convite às teorias e conceitos sobre migrações internacionais. In: CAVALCANTI, Leonardo et al (Org.), **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. p. 135-138.

FARIAS, V. C.; REI, F. **Reflexos jurídicos da governança global subnacional: paradiplomaica e o direito internacional**: desafio ou aceitação. *Revista de Direito Internacional*. v. 13, n. 1, 2016.

FILHO, J. C. **Trabalho Com Redução Do Homem À Condição Análoga À De Escravo E Dignidade Da Pessoa Humana**. Curitiba: Revista Gênese, 2004.

FINKELSTEIN, L. S. **What Is Global Governance?**. *Global Governance*, v. 1, n. 3, 1995, p. 367-372.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook Database**. Washington, 2018.

HAAS, H. *et al.* **International Migration: trends, determinants and policy effects**. International Migration Institute Network, Oxford, 2018.

KOSER, K. **Asylum Policies, Trafficking and Vulnerability**. International Migration, 2000. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/action/showCitFormats?doi=10.1111%2F1468-2435.00116>. Acesso em: 29 out. 2019.

LEWIS, H.; WAITE, L. **Asylum, Immigration Restrictions and Exploitation: Hyperprecarity As a Lens for Understanding and Tackling Forced Labour**. *Anti-Trafficking Review*, Special Issue, Forced Labour and Human Trafficking, n. 5, 2015.

MOREIRA, T. **A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

MOSES, F. **Acient Slavery and Modern Ideology**. Markus Wiener Publishers, 1980.

MURPHY, D.; MATHEW, D. **Nike and Global Labour Practices**. Nova York: New Academy od Business Innovation Network for Socially Responsible Business, 2001.

OIM. **Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labour**. Genebra, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Global Estimates of Modern Slavery: forced labour and forced marriage.** Genebra, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A Global Alliance Against Forced Labour.** Genebra: International Labour Conference, 93rd Session, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Stopping forced labour.** Genebra: International Labour Conference, 89th Session, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **The Cost of Coercion.** International Labour Conference, 98th Session, 2009.

PIORE, M. **Birds of passage: Migrant Labor and Industrial Societies.** Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

REDIN, J. Controle de Fronteiras. In: CAVALCANTI, Leonardo et al (Org.), **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2017. p. 135-138.

ROSENAU, J. **Governance in the Twenty-first Century.** Global Governance, v. 1, n. 1, 1995.

ROSENAU, J. **Governing the ungovernable: The challenge of a global disaggregation of authority**". Regulation & Governance, 2007. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1748-5991.2007.00001.x>. Acesso em: 30 out. 2019.

TEDH. **Caso C. N. e V. Vs. França.** Sentença de 2012.

TEDH. **Caso C. N. Vs. Reino Unido.** Sentença de 2005a.

TEDH. **Caso Chowdury e Outros Vs. Grécia.** Sentença de 2017.

TEDH. **Caso Rantsev Vs. Rússia e Chipre.** Sentença de 2010.

TEDH. **Caso Silladin v França.** Sentença de 2005b.

TEDH. **Caso Van der Musselle Vs. Bélgica.** Sentença de 1983.

VILLATORE, M.; PERON, R. **O trabalho doméstico análogo a condição de escravo como exemplo de trabalho forçado ainda existente no Brasil.** Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 5, n. 52, p. 7-17, jul. 2016.

DO CAFÉ À SOJA: A REPRODUÇÃO BRASILEIRA DA ESTRUTURA AGRÁRIA ARTICULADA A PARTIR DE FLORESTAN FERNANDES

FROM COFFEE TO SOY: THE BRAZILIAN REPRODUCTION OF THE AGRICULTURAL STRUCTURE ARTICULATED FROM FLORESTAN FERNANDES

Vanessa de Castro Rosa *

SUMÁRIO: Introdução. 1 A revolução burguesa e a dupla articulação. 2 A estrutura agrária brasileira e o agronegócio. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo almeja estudar as origens do agronegócio brasileiro e sua reprodução na estrutura agrária e social, a partir do conceito de dupla articulação, proposto pelo sociólogo Florestan Fernandes na obra *A Revolução Burguesa no Brasil*, publicada em 1974, como forma de compreender a dinâmica capitalista no campo, sua reprodução dentro do capitalismo depende e sua relação com a industrialização e com a burguesia brasileira. Pautando-se em uma pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica e com marco teórico fixado em Florestan Fernandes, busca-se verificar a aplicabilidade do conceito de dupla articulação ao modelo de agronegócio brasileiro, o qual após sua industrialização, aparenta o mesmo comportamento da indústria nacional conforme descrição apresentada por Florestan Fernandes na referida obra. O presente artigo se justifica pela necessidade de compreender a formação e desenvolvimento do capitalismo brasileiro, o qual impõe pela dupla articulação um modelo limitado de desenvolvimento industrial e agropecuário, voltado a atender as necessidades do mercado externo e a ele sujeito, de modo que esta limitação, da mesma forma que impede o desenvolvimento de uma Revolução Burguesa tal como a francesa, também impõe um modelo agropecuário que ignora as necessidades do próprio povo. Ao final conclui-se pela similaridade dos efeitos da industrialização urbana e rural, diante da aplicabilidade do conceito de dupla articulação ao processo desenvolvimento do capitalismo dependente no campo, o qual também reforça a limitação do desenvolvimento agrário.

Palavras-chave: Agronegócio. Dupla articulação. Capitalismo Dependente.

ABSTRACT: *This article aims to study the origins of the Brazilian agribusiness and its reproduction in the agrarian and social structure, from the concept of double articulation proposed by sociologist Florestan Fernandes in the work "A Revolução Burguesa no Brasil", published in 1974 as a way to understand the dynamics of capitalist in the field, its reproduction within capitalism depends and its relationship with industrialization and the Brazilian bourgeoisie. And are based on a qualitative research literature review and theoretical framework set in Florestan Fernandes, seeks to verify the applicability of the concept of double articulation to brazilian agribusiness model, which after its industrialization, appears the same behavior of the domestic industry as description by Florestan Fernandes in that work. This article is justified by the need to understand the formation and development of brazilian capitalism, which imposes the double articulation a limited model of industrial and agricultural development, designed to meet the needs of the foreign market and it subject, so this limitation in the same way that prevents the development of a bourgeois revolution*

* Doutoranda em Direito Político e Econômico no Mackenzie, Mestre em Direitos Humanos Fundamentais na Unifesp, Especialista em Direito Ambiental, Especialista em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Processual Penal. Bacharela em Filosofia, Bacharela em Direito (UNESP).

Artigo recebido em 16/09/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: ROSA, Vanessa de Castro. Do café à soja: a reprodução brasileira da estrutura agrária articulada a partir de Florestan Fernandes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 213-226. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

like the French, also imposes an agricultural model that ignores the needs of the people themselves. At the end it was concluded by the similarity of the effects of urban and rural industrialization, on the applicability of the concept of double articulation to the development process of dependent capitalism in the field, which also reinforces the limitation of agricultural development.

Keywords: *Agribusiness. Double articulation. Dependent Capitalism.*

INTRODUÇÃO

De acordo com dados do IBGE, em 2015, enquanto o Produto Interno Bruto brasileiro retraiu 3,8%, com quedas em setores como indústria e serviços, respectivamente, de 6,2% e 2,7%, o agronegócio (agricultura, pecuário e insumos) teve um crescimento de 1,8%. Estes dados, referentes a um ano marcado por crise política e econômica no país, são sintomáticos e revelam o poder do agronegócio brasileiro.

A história econômica brasileira frequentemente é apresentada através de ciclos econômicos que vão desde a extração do pau-brasil até a revolução verde, na década de 1970, com o início da escalada do agronegócio, possuindo algumas características que desde seu início ainda hoje se fazem presentes no contexto social, político e econômico do país.

Estas características que permeiam os ciclos econômicos brasileiros podem ser compreendidas através do que o sociólogo Florestan Fernandes (1920-1995) conceituou como dupla articulação da economia brasileira dentro do quadro do capitalismo dependente.

Embora Florestan Fernandes pautasse sua análise sobre a industrialização brasileira dentro do capitalismo dependente, ele bem destaca a ligação entre a elite oligárquica agrária e a novel burguesia, que não rompe com a dependência capitalista, nem com a aliança à elite agrária arcaica.

Durante o período colonial, não se chegou a constituir uma economia propriamente dita, tendo em vista que o sistema de produção foi organizado e direcionado para a exportação de produtos primários – pau-brasil, cana-de-açúcar, minérios e algodão – para a metrópole, pouco importando os anseios da população local, a qual figurava como “elemento propulsor destinado a manter o sistema em funcionamento” (PRADO JÚNIOR, 1970, p. 72).

A vinda da família real para o país, o fim da escravidão, a imigração, a independência e o fim do império colocam o Brasil efetivamente no sistema capitalista, com a lavoura cafeeira, abrindo-se espaço para o

desenvolvimento da burguesia e sua revolução moldada pelo capitalismo dependente, na visão de Florestan Fernandes.

Assim, a partir de uma pesquisa qualitativa e bibliográfica, cujo referencial teórico concentra-se no pensamento de Florestan Fernandes, especialmente na obra *A revolução burguesa no Brasil*, estuda-se a formação e reprodução da elite agrária brasileira, com base no conceito de dupla articulação, a fim de compreender o funcionamento do agronegócio e sua reprodução estrutural duplamente articulada, que mantém o país num capitalismo dependente, voltado para a exportação de *commodities*.

1 A REVOLUÇÃO BURGUESA E A DUPLA ARTICULAÇÃO

Em sua obra *A Revolução Burguesa*, Florestan Fernandes avalia o desenvolvimento do capitalismo no Brasil e o surgimento da burguesia no país, diante da história de colonização e exploração que destoa da típica revolução burguesa liberal do velho mundo.

O livro encerra o ciclo de interpretações gerais do país (MUSSE, 2014, não paginado), expondo a origem da burguesia brasileira e seu comportamento como classe econômica e social diante da nova realidade econômica inaugurada pelo ciclo do café.

Compreender a revolução burguesa brasileira permite entender o tipo de capitalismo adotado e as bases de desenvolvimento industrial e da estrutura agrária desenvolvida no país, que se reproduzem até os tempos presentes.

A revolução burguesa brasileira não teve os mesmos ideais emancipatórios da Revolução Francesa ou Inglesa, isto porque, aqui, os agentes burgueses organizavam-se mais como estamento do que como classe, dentro da sociedade escravista, pautada no latifúndio monocultor, situação que só seria rompida com o surgimento do imigrante e do fazendeiro do café na fronteira agrícola (MUSSE, 2014, não paginado).

Neste sentido, Florestan Fernandes destaca que “a burguesia nunca é sempre a mesma, através da história” (1981, p. 220), ela se forma de acordo com o contexto socioeconômico vigente, ou seja, de acordo com as condições estruturais.

Destarte, a burguesia brasileira se moldou a partir da lógica do capitalismo competitivo, que vigia entre as nações centrais, aliando a economia de exportação (de origens coloniais e neocoloniais) com a

expansão do mercado interno e da produção industrial para esse mercado (FERNANDES, 1981, p. 220).

É a lógica do capitalismo competitivo entre as nações centrais e a imposição deste modelo na ex-colônia pela metrópole e pelas nações centrais capitalistas que formam o espírito burguês brasileiro, subserviente à lógica da dependência e da exploração.

De acordo com Jessé Souza, Florestan Fernandes foi o pensador brasileiro quem mais avançou na tentativa de superação daquilo que Jessé Souza chama de tradição culturalista e economicista, pois em sua análise do capitalismo brasileiro ele parte do padrão de civilização dominante que se forma a partir da transformação estrutural das formas econômicas, sociais e políticas, compreendendo a diferença do processo de formação da burguesia brasileira (SOUSA, 2015, p. 121, 123).

Neste sentido, explica Jessé Souza:

[...] O “burguês”, entre nós – diz ele [Florestan Fernandes] – já surge como uma “realidade especializada”, já na nossa visão não aparece como uma criação espiritual cuja prática inintencional o transforma em agente econômico, como na Europa. Não surge enfim como produtor de toda uma visão de mundo revolucionária da vida social em todas as dimensões, também como na Europa, mas como um produto circunscritamente econômico, que, desde o começo, se constitui como resposta a estímulos econômicos concretos, sem que ocorra, pelo menos a curto e médio prazo, uma abstração dessa circunstância para o contexto social maior. (2015, p. 123)

Neste sentido, a burguesia brasileira assume um nítido caráter autocrático e opressivo de dominação, sendo incapaz de se impor de dentro para fora e muito menos de adotar os ideais nacional-democráticos da Revolução burguesa do velho mundo (FERNANDES, 1981, p. 220).

A exploração econômica da lavoura cafeeira, com o término da escravatura, trouxe a mão-de-obra imigrante e a formação de uma nova classe social de trabalhadores recém-libertos, assalariados e vulneráveis, fornecendo as bases para a industrialização do país e a gênese da burguesia dominante, a partir dos comerciantes-imigrantes e senhores de fazenda.

Esta industrialização, na visão de Florestan Fernandes, ocorreu de modo duplamente articulado, de forma que, no plano interno, o setor agrário continuasse arcaico e, no plano externo, vinculada a

economias hegemônicas, corroborando o modelo agrário-exportador (FERNANDES, 1981, p. 242).

A dupla articulação impôs uma conciliação e harmonização de interesses distintos tanto internamente quanto externamente, atendendo aos interesses do capitalismo competitivo mundial, de forma que para se industrializar, o Brasil recebeu apoio financeiro para criar infraestrutura interna, conectando as cidades e promovendo a urbanização, a fim de atender as demandas do mercado externo.

No setor empresarial (mercado e sistema de produção) não surgiu nenhum grupo que combatesse esta dupla articulação, todos os agentes econômicos queriam se beneficiar com as vantagens da economia competitiva articulada, sendo que esta articulação percorre a história brasileira de forma inquestionada, permitindo considerar como “natural” o setor agrário arcaico e como “única” forma possível de industrialização a dependência externa (FERNANDES, 1981, p. 242).

Destarte, “a revolução burguesa teria conduzido o Brasil, portanto, à transformação capitalista, mas não à esperada revolução nacional e democrática” (MUSSE, 2014, não paginado), pois dentro do capitalismo dependente e sob uma industrialização duplamente articulada ela assume um caráter especial, pois “luta para sua própria sobrevivência e pela sobrevivência do capitalismo” (FERNANDES, 1981, p. 296).

Logo, a burguesia brasileira nasce atrelada a oligarquia agrária, pois o modelo de capitalismo dependente impõe uma industrialização voltada aos anseios do mercado externo (articulação externa) e através de incentivos e estruturação que coopta a oligarquia agrária que mantem-se no modelo latifundiário monocultor também destinado a atender às economias centrais (articulação interna).

Esta dupla articulação constitui o freio ao desenvolvimento industrial e independente do país, além de perpetuar a oligarquia agrária no poder político, a empresa privada escondia a dominação imperialista (FERNANDES, 1981, p. 247) e condicionava os avanços da economia capitalista periférica à dinâmica da economia hegemônica central.

Mesmo após o segundo surto industrial, entre os anos 1930 e 1956, correspondente ao auge do capitalismo competitivo, impulsionado pelo intervencionismo econômico do Estado Novo (1937-1945) com a criação das empresas públicas e de infraestrutura para beneficiar as empresas privadas, as oligarquias agrárias ainda continuam atreladas a burguesia industrial, isto porque

[...] a burguesia industrial brasileira tem origem na oligarquia rural, da acumulação das exportações do café e do açúcar, ao contrário dos processos históricos ocorridos na formação do capitalismo na Europa e nos Estados Unidos. A segunda razão: o modelo industrial, como era dependente, precisava importar máquinas, e até operários, da Europa e dos Estados Unidos. E a importação dessas máquinas só era possível pela continuidade das exportações agrícolas, que geravam divisas para seu pagamento, fechando o ciclo da lógica da necessidade do capitalismo dependente. (STEDILE, 2012, p. 30).

A “Revolução Burguesa na periferia é, por excelência, consolidação e preservação de estruturas de poder predominantemente políticas, submetidas ao controle da burguesia” (FERNANDES, 1981, p. 294).

Verifica-se, então, o papel conservador da elite burguesa, que através da economia nacional articulada externamente no capitalismo dependente, impede o desenvolvimento autônomo de uma indústria e uma agricultura nacionais, que atenderiam aos interesses do próprio povo.

Esta desconexão da elite burguesa com o povo e com os interesses do próprio país é esclarecida por Alysso Leandro Mascaro da seguinte forma:

[...] o Brasil somando, desde 1500 até hoje, a história da superexploração. Daí se explica por que a elite não se sente de modo nenhum ligada ao povo, nem sequer institucionalmente. As classes dominantes brasileiras se sentem ligadas ao exterior. Quem compra os grandes produtos agrominerais do Brasil é o exterior, e não o povo. As elites do Brasil não precisam agradar a seu povo, precisam agradar ao exterior um bom governante do Brasil pode matar o povo de fome, e as classes dominantes não se importarão com isso. [...] Trata-se da forma tradicional de estabelecimento das instituições jurídicas nos países de capitalismo periférico. (2009, p. 178)

Logo, a Revolução Burguesa na periferia não se apresenta como libertária, mas sim conservadora e compromissada apenas com os próprios interesses político e econômico que são financiados pelo capital externo, em detrimento de um projeto de desenvolvimento autêntico e nacional.

2 A ESTRUTURA AGRÁRIA BRASILEIRA E O AGRONEGÓCIO

De acordo com Octávio Ianni, a história política do trabalhador agrícola brasileiro pode ser dividida em três períodos principais: no

primeiro, predomina o escravo; no segundo, o lavrador; e no terceiro, o proletário (STEDILE, 2012, p. 127).

Atualmente, pode-se dizer que, no Brasil, coexistem os três tipos de organização do trabalho rural: o escravo, o lavrador ou colono e o proletário.

Diferentemente do que previra Lênin e Kautsky o campesinato não se extinguiu com o avanço do capitalismo sobre o campo, sendo que a cooperação e associação entre camponeses, nos termos previstos por Chayanov, se apresentou como possibilidade de sobrevivência no campo (ALVES, FERREIRA, 2009, p. 155), comprimidos cada vez mais pelo avanço do latifúndio monocultor de soja e cana.

A transformação do lavrador ou camponês (pequeno produtor proprietário da terra) em proletário decorre da industrialização da agricultura, ou seja, o desenvolvimento do capitalismo no campo, o qual transforma a natureza em fábrica e o agricultor em proletário, sem terra e sem produção, dependente de salário.

Neste sentido, José Graziano da Silva esclarece

Quer dizer, o sentido das transformações capitalistas é elevar a produtividade do trabalho. Isso significa fazer cada pessoa ocupada no setor agrícola produzir mais, o que só se consegue aumentando a jornada e o ritmo de trabalho das pessoas, e intensificando a produção agropecuária. E para conseguir isso o sistema capitalista lança mão dos produtos da sua indústria: adubos, máquinas, defensivos, etc. Ou seja, o desenvolvimento das relações de produção capitalistas no campo se faz “industrializando” a própria agricultura. Essa industrialização da agricultura é exatamente o que se chama comumente de penetração ou “desenvolvimento do capitalismo no campo”. O importante de se entender é que é dessa maneira que as barreiras impostas pela Natureza à produção agropecuária vão sendo gradativamente superadas. Como se o sistema capitalista passasse a fabricar a natureza que fosse adequada à produção de maiores lucros. (1981, p. 6)

A pressão e ferocidade do capitalismo no campo, fez com que a agricultura deixasse de representar a produção de alimentos para se tornar mais um ramo dos negócios e transações comerciais, chamado agronegócio, em que os alimentos se tornam mercadorias, representativas de commodities.

Além de sua função essencial de produção de alimentos para nutrir a população, a visão negocial da agricultura, nela identifica várias outras funções, tais como, fornecer capital para a expansão do setor não agrícola, mão de obra para o crescimento e diversificação de atividades na

economia, divisas para a compra de insumos e bens de capitais necessários ao desenvolvimento de atividades econômicas e constituir um mercado consumidor para os produtos do setor não agrícola (BACHA, 2004, p. 29-30).

Percebe-se que o agronegócio ampliou o campo negocial em torno da agricultura, inclusive aproximando-a do setor industrial ao exigir maquinário necessário para o desempenho de sua atividade, insumos químicos e até na própria industrialização e processamento de alimentos.

Houve uma expansão das atividades agrícolas e não agrícolas e do mercado consumidor de tais bens, entretanto, como visto anteriormente, esta expansão de atividades não agrícolas beneficiou e beneficia mais as multinacionais do que as indústrias nacionais.

Este processo de industrialização do campo ganhou força com a chamada “Revolução Verde”, desenvolvida, de forma geral, após a Segunda Guerra Mundial e no Brasil, a partir da década de 1960 e 1970, com apoio dos governos militares. Ela representou a chamada “modernização conservadora”, com a mecanização do campo, buscando aumento da produtividade, sob o discurso de combater a fome no mundo e no Brasil, mas sem enfrentar a questão fundiária, gerando êxodo rural e inchaço das periferias das cidades.

Esta “revolução” acirrou o caráter de dependência do capitalismo brasileiro, tendo em vista que a escolha do que produzir é feita para atender o mercado externo, estando a ele condicionado pelo preço, compra de insumos agroquímicos e até as próprias sementes transgênicas patenteadas.

Neste sentido,

O processo de modernização da agropecuária, que se evidencia após a Segunda Guerra Mundial e que se acelerou a partir de 1965, implicou a criação, pela agropecuária, de mercado consumidor para bens de capitais, como os equipamentos (tratores, colheitadeiras, arados, por exemplo) e insumos (fertilizantes, defensivos e medicamentos veterinários, por exemplo). Parte significativa dessa produção foi atendida pela indústria nacional (BACHA, 2004, p. 212).

Assim, o capitalismo dependente e a articulação externa da economia nacional destroem a tanto a indústria, quanto a agricultura nacionais e impõem um quadro de exploração à própria população e aos recursos naturais.

Enquanto na agricultura, expande-se o latifúndio monocultor de soja, cana-de-açúcar com dependência de insumos estrangeiros, especialmente, agroquímicos, tais como fertilizantes, agrotóxicos e

sementes transgênicas patenteadas; a indústria nacional não tem condições de se impor no mercado e as estatais foram privatizadas e entregues ao capital estrangeiro, diante da falta de identificação das elites burguesas com o próprio território e a convivência com a fase monopolista do capitalismo.

Assim, é possível entender a criação da Petrobrás Fertilizante (PETROFÉRTIL), na década de 1950, para assumir a produção de agroquímicos, dando base para a agricultura nacional, no primeiro ciclo da “Revolução Verde” financiada pelo Golpe de 1964, bem como sua privatização e desmanche na década de 1990, cujas empresas foram desmembradas e compradas pelo grupo BUNGE, hoje, um dos maiores controladores do mercado mundial de fertilizantes (CÂMARA TEMÁTICA DE INSUMOS AGROPECUÁRIOS, 2010, p. 2, 6).

Assim, verifica-se a atualidade do pensamento de Florestan Fernandes, ao afirmar que “no momento em que o capitalismo competitivo atinge o apogeu, portanto, ele iria sofrer um forte solapamento não a partir de dentro da economia brasileira, mas a partir de fora” (FERNANDES, 1981, p. 247), que se dá pelo advento da fase monopolista e o domínio das corporações.

Atualmente, está em curso o segundo ciclo da “Revolução Verde” com a fase monopolista do capitalismo, a dominação das multinacionais pelos campos dos países subdesenvolvidos e emergentes, controlando a produção e comércio das sementes, controla todo o sistema alimentar e conseqüentemente todo o sistema político (MACHADO; MACHADO FILHO, 2014, p. 59).

Além do controle político através da empresa, tal como Florestan Fernandes denunciou a empresa de cunho imperialista, o agronegócio gera uma agricultura sem agricultor, pois a dominação das multinacionais nos campos afasta o produtor e o agricultor do comando do próprio negócio e da gestão da própria terra (MACHADO; MACHADO FILHO, 2014, p. 121), o que reafirma a mentalidade do antigo senhor de engenho, proprietário de latifúndios.

Corroborar tal quadro, a adoção inquestionável da soja transgênica da Monsanto e seu respectivo agrotóxico Roundup Ready nos campos brasileiros, em detrimento da soja convencional (não transgênica), sendo que estudos das universidades norte-americanas já demonstraram em suas pesquisas científicas que a soja convencional possui produtividade superior à transgênica (MACHADO; MACHADO FILHO, 2014, p. 115).

Contudo, o cultivo exploratório da soja Roundup Ready, no Brasil, trouxe investimentos externos, especialmente chineses, que possibilitaram a construção de oito hidrovias, três linhas ferroviárias e uma extensa rede de rodovias para escoamento da produção e insumos (ALTIERI, 2012, p. 45), tal como a início da industrialização brasileira, agora, a “burguesia agrária” se molda a partir da dependência do capital e do mercado externo, criando no campo uma empresa agrícola estrangeira imperialista.

Nesta esteira, a análise de Florestan Fernandes no contexto da economia cafeeira, pode ser transplantada para a cultura de soja transgênica, ficando claro que a “burguesia nacional converte-se, estruturalmente, numa burguesia pró-imperialista, [...] quer no plano dos negócios, quer no plano propriamente político e diplomático” (FERNANDES, 1981, p. 305).

Tais fatos podem ser observados na dependência da agricultura nacional de agroquímicos e sementes transgênicas estrangeiras, e, na adoção de flex crops, isto é, colheitas com destinos múltiplos, transformadas em commodities e comercializadas segundo a tendência e crise do mercado (THE TRANSNATIONAL INSTITUTE, não paginado), por exemplo, soja para ração animal, milho para produção de etanol e não para alimentação humana.

Percebe-se que a adoção de flex crops indica que o agronegócio não produz alimentos e sim commodities, e o faz de modo a atender exclusivamente os interesses das multinacionais agroquímicas, em detrimento de um projeto independente de desenvolvimento nacional que abranja indústria e agricultura, como forma de garantir a soberania alimentar do país.

Desta forma, o modelo de agronegócio atua segundo uma lógica extrativa, cujo “esquema produção interna para exportação equivalia a um regime de feitoria ampliado, organizado e mantido a expensas do parceiro mais fraco” (FERNANDES, 1981, p. 243), além de configurar um modelo altamente conflitivo, que se choca com atividades agrárias e com a própria existência de comunidades tradicionais, dos camponeses, trabalhadores sem terras e tribos indígenas.

Ademais, o atual modelo de agronegócio articulado ao capital externo, descompromissado com as questões locais de acesso a terra, produção de alimentos saudáveis e justiça social no campo, afunda o país na dependência externa, enquanto se opera a espoliação dos recursos naturais, especialmente água e solo, além de contaminá-los com agrotóxicos e colocando em risco a agrobiodiversidade pelo uso de sementes transgênicas.

Ao lado da depleção dos recursos naturais, que configura grave dano ambiental intergeracional, também acarreta perdas financeiras, pois mercados consumidores que estão preocupados com a segurança alimentar de sua população, tais como países da Europa e leste asiático, não têm interesse em comprar produtos contaminados com agrotóxicos, os quais, muitas vezes já foram banidos destes territórios.

Também perde o governo em arrecadação de impostos nacionais, em geração de empregos e na construção de uma indústria nacional autônoma, à medida que deixa de investir em pesquisa agrícola e agroquímica nacional, ficando dependente da tecnologia externa.

Diante da fragilização dos Estados, a peça publicitária da corporação agroquímica Syngenta, veiculada em 2003, que batizava o cone sul-americano (Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai) de “República Unida da Soja” deixa de ser uma sátira para se tornar a verdade desmascarada sem pudor e sem quaisquer remorso ou indignação, diante de mais de 46 milhões de hectares de monoculturas de soja transgênica, regadas com 600 milhões de litros de glifosato (FRAYSSINET, 2015, não paginado).

CONCLUSÃO

Em 1974, Florestan Fernandes publicou *A Revolução Burguesa no Brasil* descrevendo a formação do capitalismo no Brasil e das classes sociais, revelando a conexão direta entre ambos. Do capitalismo dependente, nasce uma economia periférica, duplamente articulada, ou seja, dependente do mercado externo e internamente sustentada por uma burguesia autocrática, arcaica, conservadora e pró-imperialista.

A construção da burguesia nacional com estas características é importante para compreender o seu distanciamento com o povo, seu apego ao financiamento estrangeiro, a livre empresa, ao domínio das economias centrais e a ausência de um projeto de desenvolvimento nacional.

A burguesia nacional não tem os ideais democráticos e libertários da Revolução Francesa. Ela busca defender os próprios interesses, por isto aceita a dupla articulação, já que está lhe é favorável financeiramente, mesmo que não o seja para o país e para o povo.

Assim, como o café favoreceu propiciou a gênese da burguesia brasileira e da industrialização brasileira, a soja (convencional e transgênica) também dá início agronegócio, ou seja, a industrialização do campo.

O agronegócio decorre da entrada do capitalismo no meio rural, de forma que pode ser analisado segundo as fases do desenvolvimento capitalista, tal como a evolução da indústria nacional apresentada por Florestan Fernandes.

A “Revolução Verde”, década de 1960 e 1970, formata a industrialização do campo a partir do capitalismo periférico dependente, voltado a exportação, sob o discurso de combater a fome, expandiram-se as lavouras de cana, soja e pasto, mecanizou-se o campo, sem alterar a estrutura fundiária, processo que recebeu o nome de modernização conservadora, financiada pelo golpe de 1964.

Esta industrialização do campo, obviamente, contou com o apoio da elite agrária, por não promover justiça social no campo. A segunda etapa desta revolução é marcada pelas corporações de sementes transgênicas e seus respectivos agrotóxicos, seguindo a linha do capitalismo monopolista.

O agronegócio atinge elevados patamares de produção transgênica e uso de agrotóxicos, tanto as sementes como os insumos agroquímicos são importados, a indústria nacional PETROFÉRTIL foi desmantelada e privatizada, comprada pelo grupo BUNGE, o que revela a lógica do agronegócio produzir o máximo, com depleção dos recursos naturais, contaminação ambiental por agrotóxicos, perda da agrobiodiversidade, privatização das estatais e enfraquecimento da indústria nacional.

A indústria nacional é solapada por todos os lados. Ela perde o mercado consumidor nacional, perde a produção de insumos agrícolas nacionais, perde o processamento dos alimentos in natura, perde em pesquisa e inovação, perde patentes e royalties.

Consequentemente, o governo perde em arrecadação de impostos, em geração de empregos e, principalmente, perde a chance histórica de se criar um projeto inteligente de desenvolvimento nacional que atenda os interesses nacionais e do povo.

Enquanto o Brasil deixa de ser o país da agricultura produtor de alimentos, para se tornar o país do agronegócio, na condição de quintal das economias centrais, a economia nacional se aprofunda na dependência externa, com apoio de uma burguesia – industrial e agrária – arcaica e muito pouco nacional.

As análises de Florestan Fernandes contribuem significativamente para a compreensão deste quadro – do café a soja – os valores que norteiam a classe dominante do país ainda são os mesmos, o que explica a ausência de um projeto autêntico de desenvolvimento nacional que

desenhe uma indústria e agricultura independentes e comprometidas com as necessidades do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALTIERI, M. **Agroecologia**: bases científicas pra uma agricultura sustentável. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular; Rio de Janeiro: AS-PTA, 2012.

ALVES, F. D.; FERREIRA, E. R. Importância das teorias agrárias para a geografia rural, **Mercator**: Revista de Geografia da UFC, ano 08, n. 16, p. 147-156, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6022**: informação e documentação: Artigo em publicação periódica científica impressa: Apresentação, informação e documentação. Rio de Janeiro, 2003.

BACHA, C. J. C. **Economia e Política Agrícola no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA TEMÁTICA DE INSUMOS AGROPECUÁRIOS. **Setor de Fertilizantes: novo cenário da indústria: matérias primas, mercado consumidor**. Associação Nacional para Difusão de Adubos. 08 fev. 2010. Disponível em: http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_tematicas/Insumos_agropecuarios/45/IndustriaFertilizantes.pdf. Acesso em: 30 out. 2016.

FERNANDES, F. **A revolução burguesa no Brasil**: ensaio de interpretação sociológica. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

FRAYSSINET, F. Entre pragmatismo e danos colaterais. Terramérica: meio ambiente e desenvolvimento. Inter Press Service. Uruguai, 27 set. 2015. Disponível em: <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2014/05/ultimas-noticias/terramerica-entre-pragmatismo-e-danos-colaterais/>. Acesso em: 30 out. 2016.

MACHADO, L. C. P.; MACHADO FILHO, L. C. P. **A dialética da agroecologia**: contribuição para um mundo com alimentos sem veneno. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MASCARO, A. L. **Lições de Sociologia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MUSSE, R. A revolução burguesa no Brasil. **Blog da Boitempo**. 28 mar. 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/03/28/a-revolucao-burguesa-no-brasil/>. Acesso em: 28 out. 2016.

PRADO JÚNIOR, C. **História econômica do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Brasiliense, 1970. E-book.

SILVA, J. G. **O que é questão agrária**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

SOUZA, J. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

STEDILE, J. P. (Org.). **A questão agrária no Brasil**: o debate na esquerda: 1960-1980. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

THE TRANSNATIONAL INSTITUTE. **Flex crops**. Agrarian Justice. Disponível em: <https://www.tni.org/en/collection/flex-crops>. Acesso em: 30 out. 2016.

ACÇÕES GOVERNAMENTAIS E POLÍTICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

GOVERNMENT ACTIONS AND CONTEMPORARY SLAVE LABOR FIGHTING POLICIES IN BRAZIL

Humberto Bersani *

Karina Santana Hernandez **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. 2 Lista Suja e o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. 3 A extinção do Ministério do Trabalho. 4 Questão Orçamentária. 5 Portaria nº 1.129 e a Instrução Normativa nº 139 do extinto Ministério do Trabalho. 6 Grupo Especial de Fiscalização Móvel. Conclusão. Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar as principais providências tomadas pelo Brasil, no âmbito do poder Executivo, no combate às formas modernas de exploração de força de trabalho escravo. Primeiramente, para melhor compreensão do tema, discorre-se sobre os conceitos de trabalho em condições análogas à de escravo no âmbito doméstico e internacional, bem como propõe-se a apresentação do perfil do trabalhador explorado nestas condições no Brasil. Posteriormente, apresenta-se uma síntese do primeiro e do segundo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo e seus respectivos resultados, além da análise da destinação orçamentária para a fiscalização do trabalho escravo, com foco no ano de 2017. O trabalho avalia, ainda, a portaria nº 1129 do Ministério do Trabalho, a atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel e a chamada “lista suja”, bem como a extinção do Ministério do Trabalho. Após a análise de todos os tópicos, entende-se que, embora o Brasil tenha alcançado uma posição de destaque na luta contra o trabalho análogo ao de escravo, atualmente observa-se o esvaziamento da Política de Estado, há anos instituída no Brasil, de luta pela erradicação do trabalho escravo.

Palavras-chave: Trabalho Escravo. Direitos humanos. Fiscalização.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze the main measures taken by the Brazilian Executive power to fight contemporary slave labor. First, as to provide a better understanding of the subject, it is introduced the concept of modern day slavery in the national and international sphere, as we also propose to present the profile of the explored workers on these conditions in Brazil. Later, this paper intends to provide a synthesis of the first and second Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo and its respective results, besides analyzing the budgetary allocation of enslaved labor oversight, focusing on the year of 2017. Still, the paper discuss the ordinance nº 1129 of the Ministry of Labor, the performance of the Grupo Especial de Fiscalização Móvel and the so-called “Lista Suja”. After the analysis of all these important topics, this paper concludes that - although Brazil had reached a prominent position in the fight against labor analogous to modern slavery – it is possible to observe now a hollowing of State Policies for the eradication of enslaved labor, instituted years ago.*

Keywords: *Slave Labor. Human Rights. Inspection.*

* Professor Adjunto do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

** Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

Artigo recebido em 08/11/2019 e aceito em 19/11/2019.

Como citar: BERSANI, Humberto; HERNANDES, Karina Santana. Ações governamentais e políticas de combate ao trabalho escravo contemporâneo no Brasil. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 227-257, jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é analisar os principais mecanismos de combate à escravidão contemporânea no Brasil, implementados no âmbito do Poder Executivo, com o objetivo de averiguar se, de fato, estão confluindo para a erradicação do trabalho escravo no país, bem como analisar o desenvolvimento dos programas instituídos.

A abolição da escravatura, em 1888, somente eliminou a possibilidade jurídica de se exercer sobre o homem o direito de propriedade. Contudo, na clandestinidade, verifica-se larga utilização de força de trabalho escravo. Com base no relatório “*The Global Slavery Index 2016*” produzido pela ONG *Walk Free Foundation* estima-se que, no ano de 2016, cerca de 161.100 pessoas trabalhavam em condições análogas à de escravo no Brasil.

Segundo dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho, desde o início, no Brasil, da implementação das políticas fiscalizatórias e de erradicação do trabalho escravo, em 1995, foram libertas cerca de 51.729 pessoas que trabalhavam em condições análogas à de escravo. O gráfico a seguir aponta o número de pessoas resgatadas da condição de escravidão, de 1995 a 2019 (até a finalização do presente artigo, que se deu anteriormente ao encerramento do ano):

GRÁFICO 1. Total de trabalhadores resgatados por ano. 1995-2019.



Fonte: Dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho. Elaboração própria.

Assim como no passado, a escravidão contemporânea continua sendo uma das formas mais graves de violação a direitos fundamentais, uma vez que suprime dos trabalhadores direitos básicos garantidos no conjunto do pacto civilizatório, ofendendo direitos fundamentais inerentes à existência do próprio homem, desumanizando-o.

A filosofia kantiana aponta que o homem não é uma coisa; não é um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo. Assim, pelo dever moral, não se pode dispor do homem em sua pessoa para o mutilar, o degradar ou o matar (KANT, 1964).

Neste sentido, o filósofo formula o denominado imperativo categórico, que consiste em uma máxima de conduta pautada no dever de moralidade, dedutível da racionalidade pura do homem, que é exteriorizado pelo autor com a máxima: “procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio” (KANT, 1964).

Nesta esteira, conforme explica Maranhão e Marques (2014), do sistema filosófico de Kant surge a ideia de que o homem, por ser dotado de dignidade, é um fim em si mesmo.

Delgado (2006) esclarece que o trabalho, enquanto direito universal fundamental, deve ser prestado em condições dignas, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano não pode ser utilizado como objeto ou meio de realização do querer alheio, como ocorre na exploração da força de trabalho escravo. Cumpre ressaltar que a reflexão acerca das condições dignas perpassa pela análise da evolução histórica da legislação trabalhista, ou seja, o atual patamar mínimo civilizatório certamente será modificado, mas o arcabouço legislativo não ampara medidas voltadas a retrocessos ou a piora das condições de trabalho garantidas.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 passou a reconhecer a importância fundamental de proteger o trabalhador, com inserção no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), do artigo 7º, que consagra o trabalho como um direito social, na linha da afirmação histórica dos direitos humanos (COMPARATO, 2008).

A escravidão ofende diretamente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho previstos no art. 1º, incisos III e IV da Constituição Federal de 1988, bem como viola frontalmente diversos direitos assegurados constitucionalmente, como o direito à liberdade,

igualdade e segurança (art 5º, caput), não submissão à tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a valorização do trabalho humano e a justiça social (art. 170), dentre outros.

Por ser uma violação notoriamente gravíssima aos direitos humanos, a proibição a essa forma de exploração constitui uma norma cogente de direito internacional (*jus cogens*) que, dada sua relevância, não pode ser relativizada ou flexibilizada pelos Estados.

No âmbito doméstico, pode-se afirmar que o engajamento do Brasil no enfrentamento à escravidão contemporânea somente ocorreu após o país ser demandado perante a Organização dos Estados Americanos, diante da ineficácia e desinteresse do aparato estatal na recomposição dos bens jurídicos lesados, conforme se destaca do emblemático caso José Pereira.

Segundo dados do relatório nº 95/03, emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, José Pereira foi o protagonista do primeiro caso de escravidão contemporânea no Brasil que ganhou notoriedade internacional, haja vista que o trabalhador foi escravizado na fazenda Espírito Santo, localizada na cidade de Sapucaia, no Sul do Pará. O fato ocorreu no ano de 1989, quando o trabalhador contava com 17 anos de idade e, durante uma tentativa de fuga, foi baleado pelos capatazes da fazenda.

O caso foi ignorado pelo poder executivo brasileiro e, na seara penal, a sanção não pôde ser executada, pois os juízes competentes para o processamento e julgamento da ação reconheceram a prescrição. Assim, a situação foi levada à Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Brasil, a fim de evitar a condenação, celebrou um acordo de solução amistosa, no dia 18 de setembro de 2003. Em novembro do mesmo ano, ou seja, 14 anos após os fatos, José Pereira recebeu a correspondente indenização.

Como parte do acordo, o Brasil se comprometeu perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fortalecer o Ministério Público do Trabalho, velar pelo cumprimento imediato da legislação existente, por meio de cobranças de multas administrativas e judiciais, investigação e a apresentação de denúncias contra os autores da prática de trabalho escravo, fortalecer o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego e realizar gestões junto ao Poder Judiciário e a suas entidades representativas, no sentido de garantir o castigo dos autores dos crimes de trabalho escravo.

Neste contexto, uma das mais importantes e significativas políticas públicas adotadas pelo Estado foi a criação do Grupo Especial

de Fiscalização Móvel e a alteração promovida no Código Penal, que incluiu no artigo 149 quatro hipóteses de enquadramento da conduta como submissão a formas análogas à condição de escravo (trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição de movimento com base em dívida com o empregador).

Na seara internacional, analisada a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, verifica-se que a Corte considera dois elementos fundamentais para identificar uma situação como escravidão, quais sejam: o estado ou condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

Assim a CIDH adotou um critério moderno de caracterização de escravidão, abandonando a ideia de que, para que se reconheça a exploração de trabalho escravo, faz-se imprescindível a constatação de privação de liberdade.

Para determinar uma situação como escravidão nos dias atuais, a Corte esclarece que se deve avaliar, com base nos seguintes elementos, a manifestação dos chamados “atributos do direito de propriedade”:

- a) restrição ou controle da autonomia individual;
- b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa;
- c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador;
- d) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção, o medo de violência, fraude ou falsas promessas;
- e) uso de violência física ou psicológica;
- f) posição de vulnerabilidade da vítima;
- g) detenção ou cativeiro;
- i) exploração.

Conforme relata Costa (2010), a escravidão brasileira contemporânea pode ser observada, principalmente, em atividades ligadas à pecuária, às lavouras de algodão, milho, soja, arroz, feijão, café, à extração do látex e de madeira, à criação de porcos e à produção de carvão.

Porém, é fato inegável que podemos verificar a utilização da força de trabalho em situação análoga à de escravo em diversas atividades econômicas. Para Cortez (2013), ao contrário do que se imagina, os trabalhadores nesta situação não se restringem às regiões longínquas do país, sendo um fenômeno cada vez mais presente nas áreas mais

desenvolvidas, fenômeno este que abarca, inclusive, trabalhadores ilegais estrangeiros e nacionais.

Segundo dados da Secretaria do Trabalho, o Pará é o estado com maior número de libertações de pessoas em situações análogas a de escravo. Entre os anos 1995 e 2019, foram libertas 13.124 pessoas (BRASIL, 2014).

No Brasil, conforme relatório da Organização Internacional do Trabalho (2011), os fazendeiros que se utilizam de força de trabalho em condições análogas à de escravo contratam os trabalhadores utilizando os contratadores de empreitada, os chamados “gatos”, responsáveis pelo aliciamento de trabalhadores e utilizados com a finalidade de evitar a responsabilização dos fazendeiros pelo crime.

Geralmente, o recrutamento ocorre em regiões distantes do local da prestação de serviços e os gatos se apresentam aos trabalhadores como pessoas acessíveis e comunicativas, anunciando boas oportunidades de trabalho.

Segundo uma pesquisa realizada pela Organização internacional do Trabalho (OIT) acerca do perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural, o trabalhador rural escravizado no Brasil é, quase na sua totalidade, do sexo masculino, não-branco e com nível de escolaridade muito baixo, sendo que cerca de 20% nunca chegou a frequentar escola e geralmente é original da Região Nordeste, sobretudo do estado do Maranhão (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

A promoção do direito do trabalho ao *status* de direito social, constitucionalmente protegido, gera o dever estatal inescusável de proteção e garantia destes direitos. Nesse sentido, Delgado (2006) esclarece que o Estado, ao desempenhar a regulamentação jurídica, revela que esta servirá como suporte de valor para proteger o homem em seus direitos.

Assim, é dever do Estado brasileiro implementar políticas públicas e utilizar mecanismos que envolvam judiciário, legislativo, executivo e órgãos internacionais, a fim de garantir a eficácia material do direito fundamental ao trabalho digno, impedindo a prática da utilização de força de trabalho em condições análoga à de escravo.

Uma vez que o trabalho está elevado ao status de direitos social e fundamental do ser humano, estampado na Constituição Federal, o Estado assume a responsabilidade de, conforme Bobbio (1992) enfatiza, encontrar um modo mais seguro para garanti-los e, assim, impedir que eles sejam violados.

1 PLANO NACIONAL PARA A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

O primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo foi apresentado em 10 de março de 2003, pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, após o reconhecimento formal, perante a Organização das Nações Unidas (ONU), da existência de trabalho escravo no país.

Do ponto de vista de Schwarz (2008), o plano foi um marco importante, pois representou a reafirmação da existência de trabalho escravo no Brasil pelas instituições governamentais, bem como o compromisso institucional de combate. Assim, as metas estabelecidas no Plano têm a sua efetividade e eficácia vinculadas à ação de diversos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem assim da própria sociedade civil brasileira.

Jardim (2007) explica que o plano foi elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa da Pessoa Humana (CECDDPH) e foi composto por 76 propostas com prazo para implementação (curto ou médio). Na realidade, não obstante o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo contemple setenta e cinco itens, ele apresenta setenta e seis metas, visto que o item 34 foi equivocadamente repetido no Plano.

As propostas forma divididas em seis eixos de atuação principais, quais sejam: 1) ações gerais; 2) melhoria na estrutura administrativa do grupo de fiscalização móvel; 3) melhoria na estrutura administrativa da ação policial; 4) melhoria na estrutura administrativa do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho; 5) ações específicas de promoção da cidadania e de combate à impunidade; e 6) ações específicas de conscientização, capacitação e sensibilização.

A aprovação da PEC 438/2001, que deu origem à emenda constitucional nº 81, com alteração do artigo 243 da Constituição Federal, prevendo a possível expropriação de terras onde forem encontrados trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo, ocupa a posição da meta nº 7 do eixo nº 1 do I PNETE.

A meta nº 9 do eixo nº 1 colocou como prioridade a Inserção de cláusulas contratuais impeditivas para obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos das agências de financiamento, quando comprovada a existência de trabalho escravo ou degradante. Tal meta foi atingida pela criação do Cadastro de Empregadores que tenham

submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, conhecido popularmente como “Lista Suja”, e pela Portaria n. 1.150/2003 do Ministério da Integração Nacional que, em seu artigo 2º recomenda que os agentes financeiros se abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos públicos aos empregadores rurais que foram autuados por manterem trabalhadores em condições análogas ao trabalho escravo.

Outra meta cumprida pelo Brasil foi a de nº 13, do eixo nº 1, que determinava a criação do Conselho Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE, vinculado à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Referido órgão foi criado em 31 de julho de 2003, com o objetivo de coordenar a implementação das ações previstas no Plano Nacional entre outras atribuições.

O segundo eixo diz respeito à melhoria na estrutura administrativa do grupo de fiscalização móvel, principal órgão responsável pelas fiscalizações e libertações de pessoas em condições de trabalho escravo.

Conforme destaca Costa (2010), foi proposta, na meta 16 do eixo nº 2, a criação de 12 grupos móveis de fiscalização que deveriam ser dotados, conforme prescreve a meta de nº 18, de melhor estrutura logística, material de informática e de comunicação, para garantir maior agilidade às fiscalizações.

Outrossim, com o objetivo de alcançar a meta de 12 grupos móveis, a meta nº 19 determina a realização de concursos para carreira de Auditores Fiscais do Trabalho com destinação suficiente para atuação no combate ao trabalho escravo.

Em 2006, o cumprimento das metas foi avaliado pela Organização Internacional do Trabalho no relatório “Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI”. Nele, podemos observar que a meta 16, do eixo nº 2 que determina a criação de 12 grupos móveis de fiscalização, não foi cumprida, tendo a OIT destacado que, para atingir esta meta seria necessário contratar mais auditores do trabalho e melhorar as condições de trabalho. Além disso, frisa que o problema não é isolado e é enfrentado por outros órgãos públicos que não conseguem cumprir suas metas por falta de pessoal qualificado e de funcionários. Analisando o relatório da OIT, emitido 3 anos após o lançamento do I PNETE, observa-se observar que, das 76 metas, 17 foram totalmente cumpridas, 35 foram cumpridas parcialmente, 20 não tiveram cumprimento e 4 não foram

avaliadas, conforme detalhado pela tabela abaixo. O resultado obtido foi fruto do comprometimento do governo brasileiro neste período.

Tabela 1. Resultados do I Plano de erradicação do trabalho escravo.

Metas	Cumpridas	Cumpridas parcialmente	Não cumpridas	Não avaliadas
Eixo 1	2	7	6	0
Eixo 2	5	5	1	2
Eixo 3	0	7	6	1
Eixo 4	2	7	1	0
Eixo 5	4	6	4	1
Eixo 6	4	3	2	0
Total	17	35	20	4

Fonte: Relatório “Trabalho escravo no Brasil do Século XXI” elaborado pela OIT em 2006. Elaboração própria.

Em 2008, foi apresentado pelo governo federal o II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho escravo, o qual teve seu texto aprovado durante a reunião da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), de 17 de abril de 2008.

Assim como no plano anterior, o objetivo continuou sendo o de guiar o Brasil no caminho para a erradicação do trabalho escravo. Assim, foram estabelecidas 66 metas a serem cumpridas por diferentes instituições governamentais, além da OIT.

Verifica-se que, desde a implementação do primeiro plano, o Brasil apresentou avanços significativos quanto à fiscalização e capacitação de atores para o combate ao trabalho escravo, bem como na conscientização dos trabalhadores sobre os seus direitos. Contudo, há de se observar que os avanços não acompanharam questões concernentes às medidas para a diminuição da impunidade, bem como para garantir emprego e reforma agrária nas regiões fornecedoras de força de trabalho escravo.

Desta forma, o II PNETE concentrou esforços nessas duas áreas e reiterou os pedidos do I PNETE no que se refere à aprovação da PEC nº 438, sobre expropriação de terras em razão da utilização de força de trabalho escravo, que veio ser aprovada apenas em 2014. As 66 metas dividem-se em 5 eixos quais sejam: ações gerais, ações

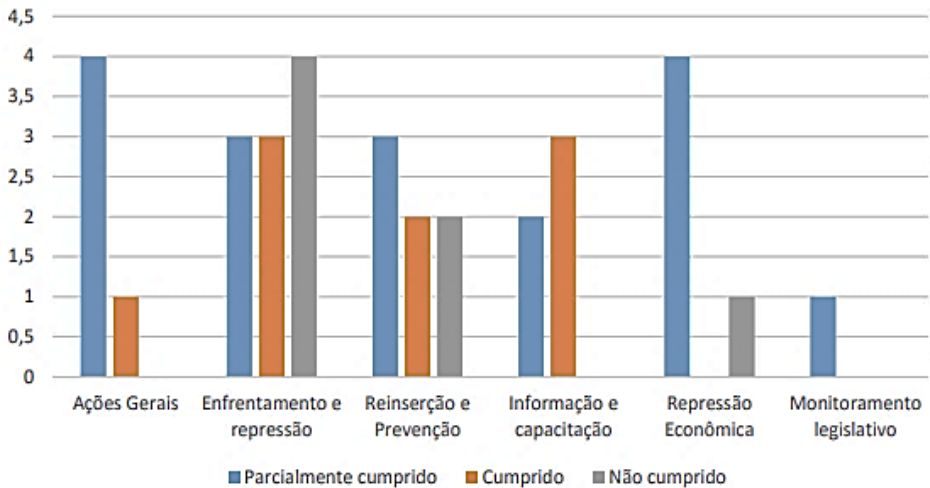
de enfrentamento e repressão, ações de reinserção e prevenção, ações de informação e capacitação, ações específicas de repressão econômica (BRASIL, 2014).

A criação de um eixo específico para a reinserção do trabalhador resgatado da condição de trabalho análoga à escrava justifica-se pelo fato de que a miséria corresponde à principal causa da vulnerabilidade dos trabalhadores a essa forma criminoso de exploração. Tanto é que, segundo dados publicados pelo Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, 1,73% dos 35.341 trabalhadores resgatados da escravidão no país entre 2003 e 2017 eram vítimas reincidentes, ou seja, 613 trabalhadores foram resgatados pelo menos duas vezes no período de 15 anos (BRASIL, 2017), o que demonstra a necessidade de uma política de Estado voltada à reinserção destes trabalhadores no mercado de trabalho.

Para monitorar o andamento e o alcance das metas do segundo PNETE, a ONG Repórter Brasil desenvolveu uma plataforma digital, em parceria com a OIT e com colaboração ativa de outros membros da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE). Nesta plataforma, foram criados 33 indicadores para o monitoramento do II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (II PNETE).

Com base nesses indicadores, a CONATRAE produziu um relatório parcial analítico com os dados do monitoramento piloto do II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (II PNETE), relativos ao ano de 2014. O relatório mostrou que, após 6 anos de lançamento do plano, 17 dos 33 indicadores (51,5%) foram parcialmente cumpridos, 9 (27,3%) foram cumpridos integralmente e 7 (21,2%) não foram cumpridos. No relatório, o Conatrae mostrou sua insatisfação com os resultados obtidos, ao considerar que passados 10 anos desde o primeiro PNETE, era de se esperar que o percentual de metas cumpridas integralmente fosse aumentar de maneira significativa (BRASIL, 2014).

GRÁFICO 2. Avaliação dos indicadores por eixo do II PNETE referente ao ano de 2014.



Fonte: Plataforma de monitoramento do II Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.

Até o momento, não foi elaborado o relatório completo de avaliação sobre o II PNETE. Todavia, a Secretaria Nacional de Cidadania, ligada ao Ministério dos Direitos Humanos (atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos), em seu relatório de planejamento do biênio 2017-2018, estabeleceu dezembro de 2018 como prazo de término da avaliação completa do II Plano Nacional e a elaboração do III Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. No entanto, até a presente data, nada foi feito neste aspecto.

2 LISTA SUJA E O PACTO NACIONAL PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

Lista Suja é o nome atribuído ao cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Esta lista é atualizada semestralmente pela atual Secretaria do Trabalho, ligada ao Ministério da Economia (anteriormente, tarefa de incumbência do extinto Ministério do Trabalho), com a relação dos nomes e demais dados de pessoas físicas e jurídicas flagradas pela fiscalização utilizando trabalho escravo.

Neste sentido, o empregador que tem o nome incluído na chamada Lista Suja encontra-se óbices para obter financiamentos, empréstimos ou

qualquer recurso financeiro de bancos públicos. Isto ocorre porque a Portaria nº 1.150 de 2003 do Ministério da Integração Nacional recomendou, em seu art. 2º, que os agentes financeiros se abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos públicos aos empregadores rurais que foram autuados por manterem trabalhadores em condições análogas ao trabalho escravo (BRASIL, 2003).

No entanto, em 22 de dezembro de 2014, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5209 contra a Portaria Interministerial MTE/SDH n. 2, de 12/5/11, e a revogada Portaria MTE n. 540, de 19/10/2004, alegando, em síntese, ofensa aos artigos 87, II e 186, III e IV, ambos da Constituição Federal, bem como aos princípios constitucionais concernentes à separação dos poderes, à reserva legal e à presunção de inocência.

Assim, em 23 de dezembro de 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski deferiu medida cautelar para suspender a eficácia das portarias até o julgamento definitivo da ação (BRASIL, 2014). Ato contínuo, em 16 de maio de 2016, a Ministra Cármen Lúcia julgou prejudicada a ADI pela perda de objeto, cassando a medida cautelar antes deferida, autorizando, portanto, novamente a divulgação da lista suja (BRASIL, 2016).

Ocorre que, mesmo após a perda dos efeitos da cautelar, não foi realizada a divulgação da Lista Suja, motivo pelo qual o Ministério Público do Trabalho do Distrito Federal (MPT-DF) ajuizou a Ação Civil Pública autuada sob nº 0001704-55.2016.5.10.0011, com o intuito de forçar a divulgação da lista.

Em sede de liminar, o juiz do Trabalho Rubens Curado Silveira determinou a publicação da lista, bem como asseverou que deveriam ser incluídos na Lista Suja os empregadores que foram flagrados em na situação por ela descrita desde 1º de julho de 2014, tendo em vista que o último cadastro foi publicado em junho do mesmo ano.

Entretanto, apenas em 27 de outubro de 2017, após a decisão final nos autos do processo da Ação Civil Pública nº 0001704-55.2016, a lista, contando com 131 nomes, foi atualizada e publicada pelo antigo Ministério do Trabalho.

No estado de Tocantins, a Lei nº 1.726, de 11 de setembro de 2006, legitimou na esfera legislativa estadual a Lista Suja, dispondo, expressamente, sobre vedações à formalização de contratos e convênios pela Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Tocantins, bem como acerca da concessão de serviço público às empresas que, direta ou

indiretamente, utilizem trabalho forçado ou em condição análoga à de escravo na produção de bens e serviços.

Com esse objetivo, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos de lei, dentre eles o de nº 3107/2012, que determina a cassação da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) de empresas que façam uso direto ou indireto de trabalho escravo. A este projeto estão apensados outros, quais sejam: PL nº 1.870/2015 e PL nº 6.476/2016, que também dispõem sobre a cassação do CNPJ de empresas que façam uso de trabalho escravo; e, ainda, o PL nº 7.014/2017 que visa a instituir Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, denominado CEmEsc.

Os argumentos mais utilizados pelos que defendem a ilegalidade da divulgação da lista consistem na afirmação de que ela fere o princípio da reserva legal e da legalidade (art. 5º, II e XXXIX, da CF), da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório.

Neste sentido, importante destacar que a divulgação da lista não viola o princípio da reserva legal, uma vez que a publicação apenas viabiliza o cumprimento de direitos fundamentais apontados na Constituição Federal que, em seu artigo 1º, menciona a cidadania, a dignidade e os valores sociais do trabalho, princípios diretamente afrontados com a prática do trabalho escravo. Ainda, de acordo com Vianna (2006), não existe necessidade de criação de lei para instrumentalizar a eficácia dos direitos fundamentais já que eles possuem aplicabilidade imediata, conforme o disposto no artigo 5º, §1º da CF.

Logo, a lista suja, conforme explica Fava (2005), limita-se a dar cumprimento às premissas normativas já existentes. Viana (2006) afirma, ainda, que a lista também evita que o Poder Público se contradiga à medida que ora combate a escravidão, porém, ao mesmo tempo, a financia por meio de créditos oferecidos por bancos públicos.

Vale a pena lembrar que a meta nº 9 do IPNETE prevê a inserção de “cláusulas contratuais impeditivas para a obtenção e manutenção de crédito rural e de incentivos fiscais nos contratos das agências de financiamento, quando comprovada a existência de trabalho escravo ou degradante” (BRASIL, 2008), o que corresponde exatamente ao objetivo da Lista Suja e da Portaria nº 1.150/2003, do Ministério da Integração Nacional.

Também não prospera a ideia dos empregadores autuados de que a inclusão de seus nomes na Lista Suja só seria possível após condenação em processo penal competente com decisão transitada em julgado, haja

vista gozarem do princípio constitucional da presunção de inocência previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Isto pois, a inclusão na lista suja não se trata da sanção legal prevista no artigo 149 do Código Penal, mas sim de caracterização administrativa da redução à condição análoga à de escravo, papel inerente à atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho (atualmente Secretaria do Trabalho). De acordo com Pinto (2007), o cadastro se limita ao âmbito administrativo, não adentrando à esfera penal, motivo pelo qual seria irrelevante o fato de não existir inquérito policial, denúncia ou mesmo condenação criminal, pois a penalidade aqui tratada é de caráter administrativo, de forma que a inserção na lista depende de não caber mais recurso administrativo, no qual é assegurado o direito à ampla defesa.

Em 29 de abril de 2016, a Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou um artigo técnico com recomendação de que o país continue avançando no combate ao trabalho escravo, inclusive com a divulgação da Lista Suja, por ser um instrumento de transparência, controle social e propulsor da responsabilidade social empresarial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

A OIT, no relatório “trabalho escravo no Brasil do Século XXI”, publicado em 2006, reconheceu a divulgação da lista suja como sendo uma importante e corajosa iniciativa do Estado brasileiro. No relatório, verifica-se que uma pesquisa encomendada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e a Organização Internacional do Trabalho, realizada pela ONG Repórter Brasil e que contou com o apoio de instituições governamentais e da sociedade civil, identificou as cadeias produtivas do trabalho escravo no Brasil, utilizando-se da lista suja (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006).

A reconstituição das cadeias produtivas inicia-se na propriedade rural, em que foram encontradas pessoas reduzidas à condição de escravos, passando por seus compradores primários e intermediários, até chegarem aos mercados consumidores interno e externo.

Sob o apoio e a supervisão do Instituto Ethos, foi feito um alerta à sociedade para que as empresas socialmente responsáveis cortassem os contratos com fornecedores que estivessem inseridos nessa teia que utiliza força de trabalho escravo. O resultado desse trabalho foi o Pacto Nacional pela Erradicação ao Trabalho Escravo, que foi assinado no dia 19 de maio de 2005 em duas solenidades na Procuradoria-Geral da República e no Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, por mais de 80 empresas públicas e privadas.

Conforme discutido anteriormente, a divulgação da Lista Suja tem sofrido uma série de ataques. Os empregadores que se utilizam de força de trabalho em situações análogas à escravidão alcançam um barateamento nos preços de produção, o qual, por lógica, aumentaria seus lucros. Ocorre que, com a divulgação da lista suja, o impedimento de créditos e o mapeamento da cadeia de produção, o empresário vê seu principal objetivo, que é a obtenção de lucros, substancialmente ameaçado.

Assim, a divulgação da Lista Suja representa um dos mais importantes e baratos mecanismos de combate ao trabalho escravo utilizado no Brasil. Porém, o interesse dos grandes empresários vem, por anos, atrapalhando a sua divulgação e levantando discussões acerca da sua legalidade, que possuem o único objetivo de impedir que a divulgação da lista atrapalhe método de maximização de lucro através da coisificação do ser humano e do desrespeito às leis trabalhistas e a dignidade da pessoa humana.

3 A EXTINÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO

O Ministério do Trabalho, criado em 1930, por meio do Decreto nº 19.433, foi um dos principais órgãos incumbidos de promover as políticas públicas de emprego, na forma delineada pela Constituição, sendo que as suas competências estavam discriminadas na lei n. 13.502/17, dentre as quais podemos destacar a fiscalização do trabalho.

Dentre os órgãos internos da estrutura do Ministério do Trabalho, um dos órgãos de extrema importância ao combate ao trabalho escravo correspondia à Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT). Por conseguinte, o Ministério do Trabalho reunia uma série de órgãos de suma importância como, por exemplo secretaria de políticas públicas de emprego (SPPE), a escola do trabalhador, os conselhos do FGTS e do FAT, a diretoria de imigração, entre outros.

Em verdade, o Ministério do Trabalho concentrava, em um único ministério, diversas atribuições e políticas de emprego, desde da administração do seguro-desemprego e do FGTS até a edição de normas regulamentadores de saúde e segurança do trabalho, o que abarcava a competência relativa à repressão do trabalho escravo.

Entretanto, em 2019, o Ministério do Trabalho foi extinto através de um ato do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, tendo suas atribuições divididas entre o Ministério da Economia, o Ministério da Cidadania e o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Desta forma, o Ministério do Trabalho foi extinto, passando a ter status de secretaria especial do Ministério da Economia.

O atual ministro do Trabalho, Caio Vieira de Mello, aprovou parecer nº 00592/2018, da Advocacia-Geral de União, pelo qual restou consignado o entendimento de que o desmembramento e dissolução das atribuições do Ministério do Trabalho para outros ministérios teria o condão de repercutir negativamente na eficiência da promoção de políticas públicas concernentes ao tema (BRASIL, 2018).

Neste sentido, destaca-se que, relativamente ao trabalho escravo, é imprescindível a formulação e implementação de outras políticas públicas em conjunto com o resgate de trabalhadores, a exemplo da liberação do seguro desemprego.

O trabalhador resgatado encontra-se em situação de vulnerabilidade socioeconômica, o que potencializa o risco de retorno à situação de exploração para garantir o sustento próprio e de sua família. Desta maneira, a percepção do seguro-desemprego pelo trabalhador resgatado contribui para promover uma ruptura desse ciclo de exploração.

Assim, a concentração, em um único Ministério, de diversos órgãos e secretaria ligadas as políticas de emprego no país, evidentemente contribuía para uma maior eficiência das políticas públicas realizadas.

Além disso, é inegável que por vezes os interesses do Ministério do Trabalho podem ser antagonísticos aos do Ministério da Economia, sendo que a fundição pode representar significativo retrocesso social e fragilização das atribuições anteriormente desenvolvidas sob a competência daquele.

Ademais, abordar a exploração de força de trabalho escravo também requer o registro de que os principais exploradores são grandes latifundiários detentores de grande influência econômica e, conseqüentemente, política.

O desmembramento do Ministério do Trabalho afronta, por fim, o disposto no artigo 6º da Convenção 81 da OIT, ratificada pelo Brasil, cuja redação impõe que a inspeção do trabalho seja independente das mudanças de governo.

4 QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Em 2017, diante do risco de interrupção da política fiscalizatória do trabalho escravo, realizou-se audiência pública para a discussão acerca do tema, com a participação de membros de diferentes órgãos e entidades. O evento ocorreu na 59ª sessão extraordinária da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, com a finalidade de discutir sobre

“o corte orçamentário e a inviabilização do combate ao trabalho escravo, infantil e outras violações de direitos” (BRASIL, 2017).

Conforme o senso comum, corroborado pela análise da estatística descritiva a seguir, pode-se afirmar que existe uma forte correlação entre o orçamento disponível para a fiscalização e a qualidade/quantidade de inspeções realizadas em estabelecimentos suspeitos de utilizarem a força de trabalho escravo.

Por conseguinte, é possível inferir que, quanto menor o montante de recursos alocados para tal fim, menores serão os números de estabelecimentos inspecionados.

No intervalo de 2001 a 2012, o orçamento destinado à ação de fiscalização para erradicação do trabalho escravo apresentou 3 movimentos distintos apresentados no Gráfico 4 abaixo em valores de milhões de reais corrigidos em preços de 2018 pelo IPCA.

Observa-se uma forte queda entre 2001 e 2002, seguida por uma trajetória ascendente de 2003 a 2008 (exceto pelo leve declínio no ano de 2006). Destaca-se, ainda, que, a partir de 2009, a tendência desce do valor destinado ao orçamento é explícita.

GRÁFICO 3. Orçamento para a Ação de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo, em milhões de reais corrigidos em preços de 2018 pelo IPCA, período de 2001 a 2012.



Fonte: Siga Brasil. Elaboração própria.

A partir de 2013, houve uma quebra estrutural, referente às mudanças nas condições orçamentárias, uma vez que deixou de existir um

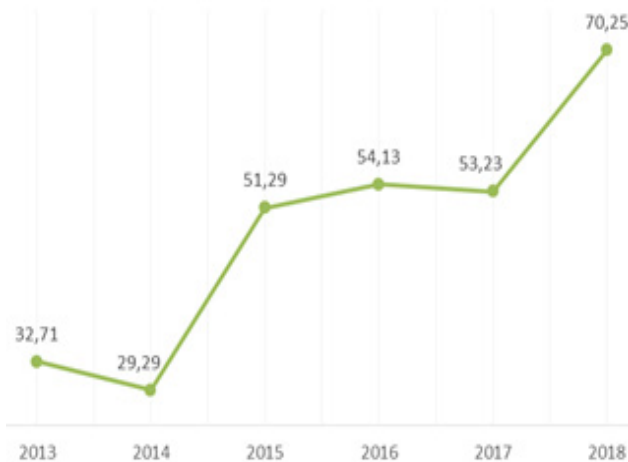
orçamento específico destinado somente para os gastos com a fiscalização do trabalho escravo.

Na Nota Técnica nº 192, o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) explicou que ocorreu uma alteração no orçamento designado para a fiscalização do trabalho escravo, com a junção das despesas de diferentes tipos de fiscalização do trabalho (trabalho infantil, saúde, campo) sobre uma única ação orçamentária (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2017).

Nesse contexto, o Gráfico 4 apresenta a evolução do orçamento após a mudança mencionada. Em conformidade com os dados, verifica-se uma tendência de aumento do orçamento para a fiscalização do trabalho, de modo geral, durante esse período.

No entanto, com a mudança realizada em 2013, a transparência foi comprometida, de forma que se tornou difícil averiguar o volume especificamente alocado para a fiscalização do trabalho escravo.

GRÁFICO 4. Orçamento para a Ação de Fiscalização de Obrigações Trabalhistas e Inspeção em Segurança e Saúde no Trabalho, em milhões de reais corrigidos em preços de 2018 pelo IPCA, período de 2013 a 2018.



Fonte: Siga Brasil. Elaboração própria.

Neste cenário de falta de transparência, analisaremos especificamente os recursos financeiros destinados à Secretaria de Inspeção do Trabalho no ano de 2017, a fim de obter uma apuração mais detalhada da situação.

De acordo com os dados fornecidos pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), reunidos na nota técnica retromencionada da INESC apresentada na audiência pública, os valores empenhados para a Secretaria totalizavam 54,5 milhões de reais no início de 2017, mediante a autorização inicial do Decreto nº 8.961/2017. Deste montante total, 21,3 milhões de reais eram provenientes de convênio do Ministério com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), enquanto os restantes 33,2 milhões eram provenientes do Tesouro Nacional (SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO, 2017).

Contudo, o contingenciamento estabelecido pelo Decreto nº 9018/2017, que estabeleceu o cronograma mensal de desembolso do Poder Executivo para o exercício de 2017, promoveu uma diminuição nos valores autorizados para movimentação e empenho com a diminuição significativa de 22,2 milhões de reais, relativamente aos recursos disponibilizados pelo Tesouro Nacional, configurando um corte de 42,6% no orçamento total da Secretaria.

Em seguida, o Decreto nº 9113/2017 elevou os recursos disponíveis para orçamento global do Ministério do Trabalho em aproximadamente 10 milhões de reais. No entanto, não restaram assegurados valores designados à Secretaria e, conseqüentemente, à fiscalização do trabalho escravo.

Ademais, vale frisar que os recursos referentes ao convênio com o FGTS não são de livre utilização pelo Ministério e pela Secretaria, como apontado pelo SINAIT. Estes concebem recursos voltados a capacitação profissional, aquisição de equipamentos e realização de fiscalizações, porém, estritamente vinculadas ao recolhimento do tributo, impossibilitando sua utilização em fiscalizações de trabalho escravo.

De acordo com a ata da 59ª reunião extraordinária na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa – CDH do Senado, realizada em 21 de agosto, para debater o corte orçamentário e a inviabilização do combate ao trabalho escravo, infantil e outras violações de direitos, Carlos Fernando da Silva Filho, Presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), destacou que do orçamento para a fiscalização do trabalho escravo, a grande maioria já estaria comprometida com gastos de manutenção da Secretaria (BRASIL, 2017).

Nesta mesma ocasião, manifestou-se Tiago Muniz Cavalcante, Procurador do Trabalho e Coordenador Nacional da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério Público do

Trabalho (MPT), dizendo que a situação atual do Brasil revela uma postura muito clara e muito evidente do poder executivo federal: este se põe contra um enfrentamento à escravidão contemporânea.

O chefe da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério do Trabalho, André Esposito Roston, contribuiu para o debate que se estabeleceu na reunião, ressaltando que o orçamento destinado para a Secretaria de Inspeção do Trabalho deve ser utilizado na realização de todas as atividades de fiscalização que envolvam o trabalho, não somente a erradicação do trabalho escravo, esclarecendo ainda que, naquele momento, o Grupo Especial Móvel de Fiscalização não tinha mais recursos financeiros para realizar as operações de fiscalização.

Neste sentido, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho enviou a OIT a carta nº 209/2017 denunciando o desrespeito pelo Brasil do artigo 11 da Convenção nº 81 da OIT, uma vez que a inspeção do trabalho brasileira vem sofrendo ameaças em razão do corte orçamentário.

Artigo.11

1. A autoridade competente deverá adotar as medidas necessárias para proporcionar aos inspetores do trabalho:
 - a) escritórios locais devidamente equipados, levando em consideração as necessidades do serviço e acessíveis a todas as pessoas interessadas;
 - b) os meios de transporte necessários para o desempenho de suas funções, no caso de que não existam meios públicos apropriados.
2. A autoridade competente deverá adotar as medidas necessárias para reembolsar aos inspetores do trabalho toda despesa imprevista e qualquer despesa de transporte que venha a ser necessária para o desempenho de suas funções (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1947).

O óbice orçamentário tem refletido diretamente no número de estabelecimentos fiscalizados por ano, conforme se infere do gráfico a seguir. No período de 1998 a 2009, o número de estabelecimentos inspecionados passou de 47 para 352, em um crescimento não estritamente linear, porém de enorme magnitude. Durante este intervalo de tempo, conforme demonstrado no Gráfico 3, o orçamento também se elevava significativamente. Em contrapartida, a partir de 2009, salvo o ano de 2010, a tendência de queda é explícita.

GRÁFICO 5. Número de estabelecimentos inspecionados por ano. 1995-2019.



Fonte: Dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho – Ministério da Economia. Elaboração própria.

Outro fator importante para a diminuição das fiscalizações, que contribui para a precarização da fiscalização do trabalho escravo no Brasil, corresponde à redução progressiva do número de auditores fiscais do trabalho no Brasil, devido à ausência de concursos públicos para a carreira – o último concurso foi realizado em 2013.

Segundo relatório emitido pela OIT em 2006, o país já chegou a ter mais de 3.500 auditores do trabalho e em dezembro de 2005, possuía apenas 2.923, em razão de uma perda muito grande de pessoal às vésperas da Reforma da Previdência, que alterou as regras para aposentadoria. Segundo dados do Ministério do Trabalho, em 2017, contávamos com apenas 2.451 auditores do trabalho (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006).

5 PORTARIA Nº 1.129 E A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 139 DO EXTINTO MINISTÉRIO DO TRABALHO

Em outubro de 2017, o Ministério do Trabalho (MT) aprovou a Portaria nº 1.129, estabelecendo que, para fins de concessão do benefício do seguro-desemprego, não se consideraria trabalho análogo ao escravo

aquele que fosse realizado com a concordância do trabalhador ou que não tivesse privação no seu direito de ir e vir (BRASIL, 2017).

Os requisitos ali apontados revelavam que condições degradantes e jornadas exaustivas somente poderiam ser consideradas como formas de trabalho escravo quando houvesse a privação do direito de ir e vir. Essa alteração teria impacto direto no enfraquecimento e na limitação da atuação da fiscalização do trabalho, aumentando as vulnerabilidades dos trabalhadores e os deixando desprotegidos.

Porém, a portaria teve sua eficácia suspensa pela Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 489 ajuizada pela Rede de Sustentabilidade (BRASIL, 2017).

A ministra entendeu que o art. 1º da Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 introduziu, sem qualquer base legal de legitimação, o isolamento geográfico como elemento necessário à configuração de hipótese de cerceamento do uso de meios de transporte pelo trabalhador, e a presença de segurança armada, como requisito da caracterização da retenção coercitiva do trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída.

Em razão das pressões internas e externas, o Ministério do Trabalho editou, em dezembro, a Portaria nº 1.293 que restabeleceu o conceito de trabalho escravo previsto na legislação brasileira, deixando de exigir a privação do direito de ir e vir para que fosse configurado a situação análoga a de escravo e, conseqüentemente, concedido o benefício do seguro-desemprego (BRASIL, 2017).

Em janeiro de 2018, a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) do extinto Ministério do Trabalho divulgou a instrução normativa nº 139, que estabeleceu os procedimentos para a atuação da Auditoria-Fiscal do Trabalho visando à erradicação de trabalho em condição análoga à de escravo.

O artigo 3º da instrução determinava que os procedimentos nela estipulados deveriam ser observados pelo Auditor-Fiscal do Trabalho em qualquer ação fiscal direcionada para erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo ou em ações fiscais em que fossem identificadas condições análogas à de escravo, independentemente da atividade laboral, seja o trabalhador nacional ou estrangeiro, inclusive quando envolver a exploração de trabalho doméstico ou de trabalho sexual (BRASIL, 2018).

Importante destacar que a IN nº 139 abandonou o entendimento da portaria nº 1129 do Ministério do Trabalho, retomando a ideia de que se encontra em condição de trabalho análoga à de escravo o trabalhador submetido a trabalho forçado, jornada exaustiva, condição degradante de trabalho, restrição, por qualquer meio, de locomoção, seja em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho ou por cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, ou ainda por manutenção de vigilância ostensiva e apoderamento de documentos ou objetos pessoais.

Desse modo, revela-se desnecessária, à configuração de trabalho escravo e efetiva fiscalização pelos auditores, a efetiva privação do direito de ir e vir.

A instrução esclarece e reitera que as ações fiscais para erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo serão planejadas e coordenadas pela SIT, que as realizará por intermédio das equipes do Grupo Especial de Fiscalização Móvel, e pelas Superintendências Regionais do Trabalho (SRTs), por meio de grupos ou equipes de fiscalização.

6 GRUPO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO MÓVEL

Os Auditores-Fiscais do Trabalho da Divisão para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE) são os responsáveis pela fiscalização do trabalho escravo no Brasil. Sob a supervisão deles está o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, criado em 1995, após o Brasil reconhecer oficialmente a existência de trabalho escravo no território nacional, através da Portaria nº 550 de 14 de junho de 1995.

Desde sua criação, em 1995, até 2017 já foram encontrados e resgatados pelo Grupo Móvel milhares de trabalhadores em condições de trabalho análogas ao de escravo. Logo, o GEFM é um dos principais instrumentos do Estado brasileiro para reprimir o trabalho escravo, sendo atualmente ligado à Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) do Ministério da Economia.

A composição interinstitucional do GEFM dificulta tentativas de ingerência e corrupção, englobando múltiplas competências, já que integrantes de várias instituições trabalham juntos.

Segundo o relatório publicado em 2010 pela OIT, em parceria com a Secretaria de Inspeção do Trabalho e com o Ministério do Trabalho e Emprego, intitulado “As Boas Práticas da Inspeção do Trabalho” os

auditores-fiscais do trabalho fazem a coleta de provas, lavram autos de infração, emitem carteiras de trabalho, inscrevem trabalhadores no seguro desemprego e interditam locais de trabalho; já o procurador do trabalho tem a competência para propor ações imediatas, ajuizar ações civis públicas e firmar Termos de Ajuste de Conduta (TAC) com o infrator. Já a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária Federal são responsáveis pela segurança do grupo, produção de provas, apreensão de armas, prisão de criminosos, interdição do local de trabalho e apreensão da produção em caso de atividade ilegal (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2010).

Devido à importância da atuação do GEFM, o Poder Legislativo traçou como meta o aumento da atuação repressiva estatal contra o trabalho escravo para os anos de 2016 a 2019, no Plano Plurianual (Lei 13.249, de 13 de janeiro de 2016).

Porém, riscos e dificuldades marcam a atuação do GEFM, como a presença constante de ameaças e ataques reais advindos dos fazendeiros que dominam os poderes públicos locais e dificultam a fiscalização.

Outra dificuldade apontada por Costa (2010) refere-se à ausência de infraestrutura e de pessoal adequada à apuração mais ágil de denúncias em locais isolados, onde normalmente localizam-se as fazendas que exploram trabalho escravo. Isso ocorre, principalmente, pela falta de orçamento, conforme será explanado no tópico pertinente.

A garantia de condições estruturais e financeiras para as operações de fiscalização e combate ao trabalho é uma política de Estado assumida pelo Brasil. Assim, o funcionamento do GEFM, importante mecanismo de combate à escravidão contemporânea, não se revela política de governo passível de ampla discricionariedade do administrador, de acordo com eventual conveniência e oportunidade; trata-se, em verdade, de política de Estado que encontra fundamento em normas constitucionais e internacionais consagradoras de direitos humanos e deve ser enfrentada com prioridade e seriedade.

CONCLUSÃO

O trabalho análogo ao de escravo fere princípios e regras constitucionais e de Direito Internacional, de forma que sua proibição encontra respaldo não apenas no ordenamento pátrio, transcendendo o plano interno pelo fato de também configurar norma cogente internacional. Conseqüentemente, a proteção contra a escravidão é uma obrigação *erga*

omnes e de cumprimento obrigatório por parte dos Estados, visto que emana das normas internacionais de direitos humanos.

A partir de 1995, quando o Brasil reconheceu formalmente a existência de trabalho escravo no país, uma série de medidas, políticas e programas, foram elaborados e implementados com o objetivo de erradicar o trabalho escravo em terras brasileiras.

Relevante medida foi a alteração do artigo 149 do Código Penal que, com o advento da lei nº 10.803/2003, ampliou e modernizou o conceito de trabalho escravo, de modo que a restrição de liberdade deixou de ser fundamental para a caracterização do crime de redução análoga a de escravo.

Em outubro de 2004, a Portaria n. 540 de 15 de Outubro de 2004, publicada pelo extinto Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, oficializou o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, conhecido como Lista Suja, e a portaria nº 1.150/2003 do Ministério da Integração Nacional estabeleceu óbices para esses empregadores obterem financiamentos, empréstimos ou qualquer recurso financeiro de bancos públicos.

Sob a influência da pressão exercida por órgãos internacionais, nota-se que o Brasil vinha se empenhando na luta contra o trabalho escravo de forma interinstitucional e com efetividade em ascendência. Porém, a situação mudou drasticamente nos últimos anos.

O conceito de trabalho escravo do artigo 149 do Código Penal, reconhecido pela OIT como uma referência mundial, tem sofrido ataques constantes. Veja-se, a exemplo, o Projeto de Lei nº 3842, de 2012, que propõe a alteração da redação atual do artigo para excluir do tipo penal as jornadas exaustivas e em condições degradantes, de modo a reduzir o conceito de trabalho escravo somente para os casos em que se identifica o cerceamento à liberdade do trabalhador em razão de dívida e trabalho forçado sob ameaça, coação ou violência.

Com o mesmo objetivo de reduzir o conceito de trabalho escravo somente para ocorrências em que se identifica o cerceamento à liberdade do trabalhador, tramita perante o Senado Federal, o Projeto de Lei nº 432 de 2013 que trata da regulamentação dos casos em que será admitida a expropriação das glebas em que for utilizada força de trabalho em condições análogas às de escravo.

Neste sentido, também, em outubro de 2017 o Ministério do Trabalho (MT) aprovou a Portaria nº 1.129, estabelecendo que, para fins de

concessão do benefício do seguro-desemprego, não se consideraria trabalho análogo ao escravo, aquele que fosse realizado com a concordância do trabalhador ou que não tivesse privação no seu direito de ir e vir. A portaria nº 1.129 teve sua eficácia suspensa pelo STF e posteriormente foi revogada por uma posterior que retomou o conceito de trabalho escravo moderno.

Além disso, houve a extinção do Ministério do Trabalho, órgão que centralizava as ações e políticas públicas relacionadas ao emprego no país.

Desta forma, nota-se uma série de tentativas de reduzir a abrangência do conceito atual de trabalho escravo que existe no Brasil, o que revela uma tendência ao retrocesso em relação ao combate ao trabalho escravo, o que converge com o atual processo de desmantelamento dos direitos sociais.

A falta de orçamento vem refletindo diretamente no número de estabelecimentos fiscalizados por ano e, conseqüentemente, gerando uma diminuição no número de trabalhadores resgatados, sendo que ainda contribui também para a diminuição no número de inspeções realizadas o déficit de auditores-fiscais do trabalho.

Para que todas as normas e princípios nacionais e internacionais que vedam condições de trabalho indignas possam surtir efeitos no plano fático, faz-se imprescindível que o Estado brasileiro estruture mecanismos no sentido de reprimir prática substancialmente degradante da condição humana.

Ademais, registra-se que, em 2003, o Brasil assinou Acordo de Solução Amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos humanos, comprometendo-se em fortalecer o Grupo Móvel do extinto Ministério do Trabalho e Emprego.

Com efeito, o Poder Legislativo traçou como meta o aumento da atuação repressiva estatal contra o trabalho escravo para os anos de 2016 a 2019, conforme se infere do Plano Plurianual (Lei 13.249, de 13 de janeiro de 2016), ao firmar o objetivo de “aumentar em 20% as ações planejadas de Inspeção do Trabalho para o combate ao trabalho análogo ao de escravo, em especial nas áreas geográficas isoladas do país” (BRASIL, 2016).

Além disso, a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde reforçou o dever do país em redobrar os esforços para erradicação do trabalho escravo, valendo ressaltar que a omissão do Estado no tocante ao enfrentamento do trabalho escravo revela-se como evidente violação dos

direitos humanos, acarretando a responsabilização do referido ente diante da leniência na formulação e implementação de políticas públicas efetivas.

Assim, o corte de orçamento para a fiscalização do trabalho escravo e as demais medidas de retrocesso social mencionadas representam não somente o descaso do Estado brasileiro no combate àquela modalidade hedionda de exploração da força de trabalho, mas também traduz, em última instância, a violação aos direitos humanos por omissão do referido ente.

REFERÊNCIAS

ANTERO, S. A. **Monitoramento e avaliação do Programa de Erradicação do Trabalho Escravo**. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, p. 791-828, out. 2008

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 3842/2012**. Dispõe sobre o conceito de trabalho análogo ao de escravo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544185>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. **Monitoramento do II Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho relatório síntese relativo a 2014**. 2014. Disponível em: <http://www.monitoramentopnete.org.br/api/v1/container/default/download/1462999464237-Relat%C3%B3rio2014.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Emenda constitucional n. 81, de 05 de junho de 2014**. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1, anexo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 04 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.803.htm. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Integração Regional. Portaria n. 1.150, de 18 de novembro de 2003. Dispõe sobre determinação ao Departamento de Gestão de Fundos de Desenvolvimento Regional da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional do Ministério da Integração Nacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 nov. 2003. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-1150-2003_184483.html. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Relação dos Auditores- Fiscais do Trabalho em 03 de abril de 2017. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/relacao-dos-auditores-fiscais-do-trabalho>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Cidadania. Planejamento Biênio 2017-2018. Relatório Semestral. 2018. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/sobre/aceso-a-informacao/acoes-e-programas-1/relatorio-semestral-2013-jun-dez-2017-1>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Diálogos da Cidadania: Enfrentamento ao Trabalho Escravo. 2014. Disponível em: <http://pdfc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trabalho-escravo/cartilha-trabalho-escravo-pdfc>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. PPA Cidadão. Programa de Promoção do Trabalho Decente e Economia Solidária. Disponível em: <https://ppacidadao.planejamento.gov.br/sitioPPA/paginas/agendas-transversais/metas-iniciativas.xhtml?objetivo=0869&agenda=246&aba=1>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. 2003. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/documentos/plano_nacional.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo. Brasília. 2008. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conatrae/direitos-assegurados/pdfs/pnete-2>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério da Economia. Radar SIT - Paineis De Informações E Estatísticas Da Inspeção Do Trabalho No Brasil. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado 432/2013. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>. Acesso em: 07 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. SIGA Brasil - Sistema de Acompanhamento do Orçamento Federal. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 489 MC/DF. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313126004&ext=.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CIDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 20 de Outubro de 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf. Acesso em: 20 Out. 2019.

COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORTEZ, J. C. Trabalho Escravo no Contrato de Emprego e os Direitos Fundamentais. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2013. P.35-36.

COSTA, P. T. M. Combatendo o trabalho escravo contemporâneo: o exemplo do Brasil. Organização Internacional do Trabalho, 2010.

DELGADO, G. N. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, G. N.; RIBEIRO, A. C. P. C. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. Revista brasileira de direitos humanos, n. 5, p. 5-23, 2013.

DELGADO, M. G. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 2, p. 11-40, 2007.

FAVA, M. N. **Combate ao trabalho escravo: “lista suja” de empregadores e atuação da justiça do trabalho.** Revista Ltr, v. 69, n. 11, 2005.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Nota Técnica Nº 192 - Fiscalização do trabalho escravo em declínio: impactos do contingenciamento em 2017.** 2017. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/publicacoes/notas-tecnicas/nts-2017/nota-tecnica-no-192-fiscalizacao-do-trabalho-escravo-em-declinio-impactos-do-contingenciamento-em-2017/view>. Acesso em: 10 out. 2019.

JARDIM, P. G. **Neo-escravidão: as relações de trabalho escravo contemporâneo no Brasil.** 2007. Tese de Dissertação. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/10978>. Acesso em: 15 mar. 2018.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964.

MARANHÃO, N.; MARQUES, G. **O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público.** São Paulo: LTR. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Trabalho Escravo.** 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 95/03, caso 11.289.2003.** Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brazil.11289.htm>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 95/03, caso 11.289.2003.** Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brazil.11289.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 181 – Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235131/lang--pt/index.htm. Acesso em 01 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 105, relativa a Abolição do Trabalho Forçado.** Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235195/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 29, sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório.** Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang--pt/index.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo Rural no Brasil.** 2011. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227533.pdf. Acesso em: 20 Out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI. 2006.** Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_seculo_xxi_315.pdf. Acesso em: 27 mar. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As boas práticas da inspeção do trabalho.** A erradicação do trabalho análogo ao de escravo. 2010. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf. Acesso em: 27 mar. 2019.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO. **Fiscalização do Trabalho escravo em declínio: impactos do contingenciamento em 2017.** Disponível em: https://sinait.org.br/docs/fiscalizacao_trabalho_escravo_2017.pdf. Acesso em: 01 nov. 2019.

SCHWARZ, R. G. **Por uma abolição necessária: algumas considerações sobre o combate à escravidão contemporânea no Brasil.** Revista do direito trabalhista, v. 14, n. 4, p. 28-32, 2008.

VIANA, M. T. **Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 44, n. 74, p. 189-215, 2006.

WALK FREE FOUNDATION. **The Global Slavery Index.** 2016. Disponível em: <https://downloads.globalslaveryindex.org/GSI-2016-Full-Report-1525313509.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

DERECHOS HUMANOS, SINHOGARISMO Y ASISTENCIALISMO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EXPERIENCIAS DE ESTRATEGIAS DE LUCHA POR LA DIGNIDAD EN SEVILLA (ESPAÑA)

DIREITOS HUMANOS, PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E ASSISTÊNCIA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS. EXPERIÊNCIAS DE ESTRATEGIAS DE COMBATE À DIGNIDADE EM SEVILHA (ESPANHA)

Nuria Cordero Ramos *

Manuel Muñoz Bellerin **

SUMÁRIO: 1 Desafiliación y estigma en el fenómeno del sinhogarismo. 2 Respuestas asistenciales para la inclusión de las personas sin hogar en la ciudad de Sevilla. 3 Creatividad frente a vulnerabilidad: La lucha por la dignidad a través del arte. 4 Experiencias del ejercicio de ciudadanía a través del teatro. Conclusión. Referencias.

RESUMO: O fenômeno da falta de moradia na Espanha, como no resto da Europa, envolve uma análise crítica das medidas para aliviar esse problema. O Serviço Social como disciplina de intervenção social desempenha um papel importante neste tipo de espaço. Um papel que pode acomodar padrões de jogo que levam a estereótipos e preconceitos que o estigma letárgico e vulnerabilidade ou, ao contrário, promover estratégias de auto-determinação em indivíduos. Isso tem consequências diretas que afetam a credibilidade dos direitos humanos e, com isso, o exercício da cidadania dentro de sistemas democráticos como o do Estado espanhol. A partir dos discursos de alguns participantes em uma pesquisa aplicada que temos realizado na cidade de Sevilha, traçamos como as práticas sociais institucionalizadas pode ser uma área de controvérsia Trabalho Social com base em Direitos Humanos. Em resposta, os postulados de Jane Addams, apresentamos um estudo de caso a partir da experiência do teatro como apropriação da política e a afirmação de dignidade em sujeitos da investigação participante.

Palavras-chave: Estigma. Assistência. Direitos Humanos. Artes.

RESUMEN: *El fenómeno del sinhogarismo en España, al igual que en el resto de Europa, comporta un análisis crítico acerca de las medidas para paliar este problema. El Trabajo Social como disciplina de la intervención social juega un rol importante en este tipo de espacios. Un rol que puede albergar pautas que conducen a reproducir estereotipos y prejuicios que aletargan el estigma y la vulnerabilidad o, por el contrario, impulsar estrategias de autodeterminación en los sujetos. Esto tiene consecuencias directas que atañen a la credibilidad de los derechos humanos y, con ello, al ejercicio de la ciudadanía dentro de sistemas democráticos como el del Estado español. A partir de los discursos de algunos participantes en una investigación aplicada que hemos llevado a cabo en la ciudad de Sevilla, extraemos cómo las prácticas sociales institucionalizadas pueden ser un espacio de controversia del Trabajo Social basado en Derechos Humanos. Frente a ello, desde los postulados de Jane Addams, exponemos un caso práctico a partir de la experiencia del teatro como apropiación de lo político y de reivindicación de la dignidad en sujetos participantes de dicha investigación.*

Palabras claves: Estigma. Asistencialismo. Derechos Humanos. Artes.

* Profesora Titular del Departamento de Trabajo Social. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

** Profesor Asociado del Departamento de Trabajo Social. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Artigo recebido em 24/09/2019 e aceito em 25/09/2019.

Como citar: RAMOS, Nuria Cordero; BELLERIN, Manuel Muñoz. Derechos humanos, sinhogarismo y asistencialismo en las políticas públicas: experiencias de estrategias de lucha por la dignidad en Sevilla (España). **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 259-275. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

1 DESAFILIACIÓN Y ESTIGMA EN EL FENÓMENO DEL SINHOGARISMO

Tanto en Europa como en España, el sinhogarismo es un fenómeno de enorme actualidad que viene afectando a numerosas personas. La característica principal es la falta de un hogar como su acepción indica. Pero no es la única, también hace referencia, de manera extensible, a personas que padecen el desempleo y la desestructuración socio-familiar (DOHERTY, 2005). Sin embargo, este fenómeno resulta de una construcción socio-histórica que viene señalando negativamente a las personas que viven estas circunstancias como indigentes en el siglo XIV, vagabundos en el XVI o desafiados o supernumerarios en el XIX (CASTEL, 2002). Estas figuras corresponden a estereotipos que han venido generándose en procesos de estigmatización social y cultural que perduran en la actualidad. Las políticas gubernamentales no han sido ajenas en la reproducción de modelos sociales tendentes a la inclusión o la exclusión, dependiendo de las características de los mismos. Por su parte el Trabajo Social como agente.

En la actualidad, muchos seres humanos sufren las consecuencias de diferentes crisis mundiales que, intermitentemente, arrastran a hombres y mujeres al desempleo y la falta de una vivienda. Al contrario de las ideas extraídas del paradigma positivista, las dificultades que padecen estas personas no forman parte de una selección natural (ALEXY, 2007), dependen de lógicas estructurales que impulsan la desigualdad y la exclusión social. De aquí, que la falta de garantías mínimas proporcionadas por los estados estén en el punto de mira de fenómenos como el sinhogarismo. En este sentido, la relación categórica del sinhogarismo con el estigma se encuentra en terrenos que tocan lo científico como así ha apuntado autores como PLEACE,

One of the biggest challenges faced by European homelessness researchers is ensuring that there is a theoretical debate. Homelessness research is being conducted that assumes homelessness is a relatively simple, relatively small-scale social problem with clearly understood causes. There are longstanding concerns that the political right has sought to narrow the definition of what homelessness is, emphasising only visible homelessness that can be easily linked to individual pathology and drawing attention away from wider structural problems with affordable housing supply and inequity (Anderson, 1993). Beyond this, there is the view

of homelessness as individual pathology that dates from before the nineteenth century: a mass cultural understanding of homelessness encompassing only a self-inflicted state found among people in emergency shelters and on the street (Carlen, 1996; Phillips, 2000; Gowan, 2010). Assumptive research must be challenged because it is based on a clearly false construct of what homelessness is and lacks any social scientific foundation (2016, p.34).

La pérdida del hogar, no sólo afecta a la materialidad de una casa. Precisamente, el término sin hogar, escogido en este texto en vez de sin techo¹, hace referencia a una serie de elementos que tienen que ver con la identidad y que están asociados al sentido de salud integral (física y mental) de la persona. Desde la dimensión cultural, el hogar es una de las esferas más relevantes de la socialización del ser humano. Hogar es también sinónimo de construcción y participación, donde la persona establece un medio seguro de desarrollo. Además de ser un lugar de recogimiento, donde cubrir las necesidades básicas (descanso, higiene, alimentación, etc.) es un espacio de encuentro con el resto de los miembros de la familia. Este encuentro favorece la generación de relaciones de confianza e identificación dentro del seno familiar. También se convierte en un espacio simbólico de pertenencia, gracias a los objetos, disposición de los espacios y enseres, historia de la casa asociado a lo familiar, etc.

En el caso de las personas sin hogar, este espacio desaparece, ha sido sustituido por otro en el que no tiene cabida una identificación positiva, donde las relaciones y los códigos tienen que ser interiorizados a partir de una sociabilidad secundaria, a veces a través de lo institucional, otras, en el peor de los casos, en la calle. La pérdida del hogar supone, sin duda, una ruptura con aquellas redes de relaciones que le confieren protección y seguridad, por ello, la falta de una vivienda estará unida a otra carencia mayor: la separación de aquellos quienes le aportan sentido a su existencia. Los efectos pueden ser múltiples, uno de ellos aborda la identidad. En parte, la identidad se configura a partir de las relaciones con los diferentes ámbitos de convivencia: familiar, laboral, comunitario, etc. Estas relaciones forman parte de la construcción social del individuo. Construcción basada en el reconocimiento y en la identificación con aquellas

¹ Ambos conceptos son usados en el ámbito científico y en la práctica de la acción social. Ambos hacen referencia a los factores generalmente descritos; sin embargo, sin techo hace alusión a la ausencia de un lugar material (físico) donde albergarse, mientras sin hogar tiene connotaciones que tienen que ver con la ausencia de elementos identificativos con lo afectivo- familiar (FEANTSA, 2008).

personas y grupos de pertenencia y afiliación. Para personas que padecen la exclusión severa cualquier proyecto de revalorización o empoderamiento pasa por la recuperación de sí mismo. Sin embargo, esto es de una enorme dificultad cuando ha habido una ruptura con los lazos socio-familiares. Para la personas sin hogar, la pérdida de las referencias sustanciales que le permiten dicha identificación revierte en la desafiliación (CASTEL, 2002).

Esta desafiliación tiene como horizonte social la posibilidad de caer en el estigma. Para GOFFMAN, en el estigma “se encuentran los mismos rasgos sociológicos: un individuo que podía haber sido fácilmente aceptado en un intercambio social corriente posee un rasgo que puede imponerse por la fuerza a nuestra atención y que nos lleva a alejarnos de él cuando lo encontramos, anulando el llamado que nos hacen sus restantes atributos” (2009, p.17). En sociedades donde se estimulan valores basados en el éxito, la superación permanente a través de la competitividad, la acumulación de bienes materiales, etc., la confrontación con personas cuyos atributos son contrarios a estos valores se hace compleja. Los principales rasgos sociales que tienen las personas sin hogar forman parte de un contravalor mismo: desempleo, no tener un hogar y desestructuración socio-familiar. Si a estos, le añadimos otros rasgos originados por la vida en la calle, una vida cargada de sufrimientos y opresiones (YOUNG, 2000) y que suelen verse reflejados en el cuerpo y en el alma, el estigma adopta una carta de naturaleza difícil de justificar para las víctimas. Por tanto, tanto el estigma como la desafiliación son concomitantes a la idea de identidad fragmentada, que describimos como la fractura, total o parcial, con aquellos dispositivos (personas, relaciones e interacciones, símbolos, espacios y tiempos, etc.) que le dan sentido y configuran como ser específico reconocible, para sí mismo y para los demás.

No podemos obviar que en el caso de las mujeres esta situación se ve agravada por la desigualdad de género (WATSON, 2000). Al igual que en muchos países de Europa, en España la violencia de género y la violencia doméstica (MAYOCK & SHERIDAN, 2016) son causas que originan el sinhogarismo. Se hace necesario investigar más en la interseccionalidad de un problema que está afectando de manera progresiva a un número cada vez mayor de mujeres (BRETHERTON, 2017), así como de impulsar políticas sociales de mayor impacto. Desde una posición crítica, no podemos olvidar cómo los factores contextuales contribuyen a perpetuar la exclusión social de las personas sin hogar. La carencia de recursos económicos, materiales, culturales, junto con el estigma social, provocan en el sujeto un proceso de

deterioro relacional que es concomitante a la falta de voluntad en asuntos que le conciernen como ciudadano.

La dinámica entre sinhogarismo, estigma y derechos humanos supone una correlación de fuerzas que repercute directamente en las condiciones de vida digna de la persona (YOUNG, 2000). En dicha dinámica, los derechos humanos quedan desacreditados para las personas afectadas inhabilitándose con cualquier estrategia posible de cambio. A continuación, expondremos algunas de las respuestas que las políticas sociales ofrecen para paliar el sinhogarismo y las consecuencias que de ello se deriva en personas sin hogar en la ciudad de Sevilla (España).

2 ASISTENCIALISMO COMO PARADIGMA DE INTERVENCIÓN SOCIAL DIRIGIDA A PERSONAS SIN HOGAR EN LA CIUDAD DE SEVILLA

En Europa, la institucionalización es la respuesta dominante al sinhogarismo (ANDERSON, 2010). Para CASTEL (2002), esta institucionalización consiste en una estrategia de socialización secundaria empleada como mecanismo de control que está fuertemente arraigado a otros antecedentes de la acción social dirigida a los vagabundos desde el siglo XVI. La especificidad de lo institucional como medio de la acción social tiene una serie de ventajas e inconvenientes que son necesarios tener en cuenta. No estamos poniendo en duda la importancia por cubrir las necesidades básicas de personas y grupos que se encuentran en contextos de exclusión severa. Sin embargo, uno de los riesgos consiste en lo que CASTEL denomina asocial- sociabilidad y que define como “las configuraciones relacionales más o menos evanescentes que no se inscriben, o se inscriben de manera intermitente y problemática, en las “instituciones” reconocidas, y que ubican a los sujetos que las viven en situaciones de ingravidez” (2002, p. 364).

Esta definición aportada por el sociólogo francés hace referencia a una práctica habitual en la intervención con personas sin hogar y que descansa en un tipo de circuito por donde transitan los sujetos. Enmarcado dentro del sistema de Servicios Sociales, este circuito pasa por centros, servicios e instituciones que ofrecen diferentes recursos con objeto de cubrir las necesidades básicas. De esta manera las personas van pasando por un itinerario programado y cerrado donde las relaciones e interacciones se producen dentro del mismo. Como consecuencia, las personas inscritas en el sinhogarismo se encuentran sin alternativas óptimas para retornar

a otros espacios “normalizados” y que forman parte de la vida social de una ciudadanía dotada de derechos. Por ejemplo, el acceso de las personas sin hogar a la cultura o la sociedad civil está vetado por una participación (activa y de facto o pasiva y de consumo) restringida a los ciudadanos “normales” y con capacidades económicas para ello.

La institucionalización como recurso nuclear produce relaciones e interacciones dentro de un esquema de jerarquización normativa que deslucce cualquier objetivo que contemple la autodeterminación de las personas sin hogar. Las caras de la opresión detalladas por YOUNG en su libro *La justicia y la política de la diferencia* da cuenta de una serie de características que se producen en las prácticas sociales llevadas a cabo con personas que se encuentran en contextos de exclusión. Estas prácticas se producen, de manera interiorizada y sistemática, en espacios de poder donde unos tienen la capacidad para decidir y hacer y otros de padecer esas decisiones. En el caso de España, según los datos arrojados por el último informe del Instituto Nacional de Estadística (INE, 2012) muestran que hubo 22.938 personas sin hogar atendidas en centros de acogida. Por su parte, el plan estratégico 2015-2010 puesto en marcha por el Gobierno de España cifra que hay en la actualidad entre 25.000 y 30.000 personas. No obstante, estos datos no son fiables pues, como, así mismo, recoge el propio plan es difícil el recuento de personas que se encuentran en una serie de situaciones diversas y complejas en cuanto a su calificación. Un ejemplo evidente, en el actual contexto de crisis económica en España hay muchas familias que se encuentran en una situación de desamparo por el desempleo estructural; otras están siendo desahuciadas de sus vivienda por la falta de una economía sustentable. Según algunas entidades como el Observatorio Europeo de Personas sin Hogar, estas familias s podrían encontrarse en una situación de sinhogarismo. Por otra parte, hay muchas familias que viven hacinados en espacios donde no existen las condiciones mínimas de salubridad y habitabilidad, como es el caso de chabolas, roulotte o caravanas, etc.

Según el último recuento de personas sin hogar en la ciudad de Sevilla¹ realizado en el año 2016, en la ciudad de Sevilla hay 444 personas sin hogar (NIETO, NICASIO, MARTÍN y GARCÍA, 2017). Esta cifra está compuesta por 239 personas que se encuentran alojadas en los centros de acogida; el resto, 250, son personas que viven en la calle. Sin embargo, este recuento dista mucho de otros realizados por organismos independientes,

¹ Según el último censo poblacional del Ayuntamiento de Sevilla, en 2016 había 690.566 habitantes en esta ciudad.

como es el caso de la Asociación Pro Derechos Humanos, que en el recuento que hizo en 2013 llegó a computar 2.500 personas sin hogar. Como podemos apreciar la disparidad de criterios en cuanto a los estudios cuantitativos (y cualitativo) del sinhogarismo en España o en Sevilla invita a sospechar de la complejidad de un fenómeno que no ha contado con los recursos económicos y políticos suficientes para su superación.

Volviendo a la realidad del sinhogarismo en la ciudad de Sevilla, la asistencia a las personas sin hogar está centralizada, en la mayor parte, en los servicios sociales municipales. El sistema de servicios sociales tiene la facultad de ofrecer recursos que son de su competencia o, en su caso, de derivar a las personas sin hogar a otros servicios que son gestionados por asociaciones u ONG. En el primer caso, la intervención social cuenta con el apoyo de una entidad privada y está centralizada en la Unidad Municipales de Emergencias Sociales y Exclusión Social (UMIES) que cuenta con un centro de día, alojamiento temporal (corta y media estancia) atención socio-sanitaria, y equipos de trabajo en la calle. En cuanto a las ONG, cuentan con servicios adicionales como centros de acogida, centros de día, orientación al empleo, psicológico, comedores, etc. En el caso de los centros de acogida, forman parte de un recurso principal pues dispensan alojamiento temporal. Las personas que acuden a estos centros reciben aquellos bienes que los profesionales les prestan y que están en el paquete de los servicios que ofrece cada institución: alojamiento, comida, orientación social y laboral, etc. La dispensación de estos recursos se justifica en dar respuesta a las necesidades inmediatas que sufren las personas sin hogar, dejando de lado las capacidades, las posibilidades de agencia y la autogestión como elementos de emancipación humana.

Generalmente, en este tipo de instituciones cerradas, los niveles de interacción y relaciones que se establecen entre las personas sin hogar y los profesionales marcan un sistema donde se dirimen el grado de respeto, dignidad y empoderamiento que se están ejerciendo desde las prácticas sociales dentro de la intervención social. Una variable es la participación de los internos en las actividades programadas por la institución. Entendemos que la participación ha de referirse a dos ámbitos: en relación a la toma de decisiones acerca del devenir vital por parte del sujeto; y en relación a las motivaciones e implicación que los sujetos tienen en aquellas actividades y servicios que reciben por parte de las instituciones y que, en cierto modo, constituyen la base de las relaciones cotidianas y la convivencia diaria. En un estrato superior, estos ámbitos confluyen no solo en la calidad de la

participación de las personas sin hogar, además, como efecto, convergen en la calidad democrática de un sistema de servicios sociales y de la intervención social con estas personas. Ni que decir tiene que este nivel se encuentra en una zona media o baja de la intervención, es decir, en la práctica diaria desde la acción social con las víctimas. Lo que este nivel es consecuencia directa de una zona superior donde se dirimen las políticas sociales gubernamentales.

A continuación, proponemos un caso desde la investigación aplicada desde el paradigma del arte como herramienta de transformación que puede apoyar procesos de participación activa dentro de los centros de acogida. Más concretamente, nos referimos el teatro como un instrumento de la metodología de la acción social participativa. Para ello, vamos a reseñar algunas de las aportaciones que esta metodología de la acción social nos ha revelado a partir del trabajo de campo que venimos realizando con los grupos de internos en los centros de acogidas de la ciudad de Sevilla. Antes, vamos a exponer el marco ético de la intervención desde esta metodología. En el mismo, no podemos eludir la importancia de las narrativas y los discursos de los sujetos protagonistas de la acción social. Este es el principio que justifica dicha metodología; pero, sobre todo, justifica la relevancia de la práctica de los derechos humanos (sociales, culturales, civiles y políticos) desde el contexto de la acción social.

3 CREATIVIDAD FRENTE A VULNERABILIDAD: LA LUCHA POR LA DIGNIDAD A TRAVÉS DEL ARTE

Consideramos que el arte como proceso de producción permite al ser humano experimentar nuevos sentidos y nuevas percepciones en su conexión con la naturaleza (social y cultural) que le rodea (DEWEY, 2008). Específicamente, el teatro es una práctica cultural significativa en procesos de resistencias ya que posibilita un posicionamiento activo de las capacidades y potencialidades del ser humano. Esta potencialidad es correlativa al desarrollo de las capacidades que todos y todas tenemos como seres humanos, en función a las diversidades que configura la humanidad. El concepto de los “imaginarios” que aportan autores como CASTORIADIS (2013) o HERRERA (2005) sirve para mostrar el potencial del teatro en procesos de acompañamiento con personas vulnerables y estigmatizadas como es el caso de las personas sin hogar. En su dimensión comunicacional, el teatro permite que los sujetos puedan expresar sus

experiencias. En personas que han vivido cotidianamente la violación de derechos y que se sienten discriminados por el sistema socio- político, el teatro se puede convertir en un medio estratégico de reivindicación. La ubicación del “imaginario radical” (FOUCAULT, 2017) en estrategias como la que exponemos en este artículo consiste en la creación de espacios de encuentros y participación donde los sujetos debaten acerca de las causas y consecuencias de los estigmas y la desafiliación que sufren a diario en el contexto social en el que viven, de las implicaciones de lo institucional y las políticas en el devenir de sus vidas.

La propuesta de la práctica cultural del teatro como estrategia de resistencia está fundamentada en diferentes perspectivas históricas. La función social del arte que el movimiento cultural anarquista planteó a fines del siglo XIX nos lleva a una dimensión de lo cultural como medio de transformaciones. Una de las ideas más relevantes de este movimiento cultural fue el desarrollo de las capacidades en la construcción de otras sociedades (LITVAK, 2001; MARTÍN- BARBERO, 2003; CHOMSKY, 2014), frente a la concepción del arte como transmisión de una naturaleza humana inamovible generada por las élites culturales privilegiadas y dominantes. Así mismo, podemos encontrar otras estrategias teórico-prácticas como las sostenidas por BRECHT (2004) que reivindicó un “teatro científico” donde se analizaran y descubrieran las estructuras de dominación del sistema capitalista. Para BRECHT, el teatro tenía que revelar las condiciones sociales de subordinación a partir de una realidad que pudiera ser “transmitida por el arte, para que se reconozca y se trate como algo que puede ser cambiado” (2004, p.31). Por último, como corolario de estas estrategias, está el “teatro del oprimido” (BOAL, 1980) basado en una pedagogía de los conocimientos y experiencias de los sujetos y comunidades como espacio de análisis y re-configuración de las condiciones de vida de las personas oprimidas. La praxis del autor brasileiro se fundamenta en estas condiciones de sometimiento y utiliza el teatro como herramienta de empoderamiento y transformación.

Todas estas propuestas estratégicas² tienen en común la centralidad del teatro como un espacio de cuestionamiento crítico de las condiciones sociales dadas como naturales. Condiciones que en diferentes momentos históricos han sostenido la creencia en los privilegios de unos hacia otros y, por tanto, en la dominación y la opresión como una cuestión que debe ser

² Sería motivo de un artículo específico tratar las estrategias de resistencia, empoderamiento, que el teatro ha desarrollado en diferentes contextos socio-históricos de pueblos y comunidades. Por la extensión de este tema hemos creído idóneo la selección de estos tres ejemplos descritos.

tratada y percibida con normalidad. Como consecuencia, la ética práctica del teatro, en su dimensión creativa, posibilita análisis, debates y, sobre todo, ensayos de nuevos modos relacionales de ejercer la ciudadanía. Modos relacionales y de convivencia que permiten interacciones entre seres humanos sostenidas desde la igualdad, la diversidad y la justicia. A través de estas nuevas relaciones es posible crear procesos donde

“los seres humanos se relacionan creativamente con el mundo, con la realidad en la que desarrollan sus vidas. Es decir, es un proceso, no sólo de creación de identidad (de sentimiento de pertenencia), sino también de creación de sentidos... nos permite plantear objetivos, finalidades, valores que dan sentido a nuestras vidas y que pueden ir contra las pautas de identidad que nos hacen aceptar y justificar algún estado de cosas como si fuera el único y el natural” (HERRERA, 2005, p.183).

La proyección del teatro como producción y producto cultural desde el cual “hacer y des-hacer mundos” le confiere este tipo de carácter participativo, de acción y reacción, ante realidades que deben ser transformadas. Por todo ello, consideramos que es necesario mostrar el proceso cultural seguido por la experiencia práctica de un grupo de personas sin hogar llamado Teatro de la Inclusión (presentado a continuación), pues sin duda se trata de un ejemplo del potencial emancipador de la creatividad cultural al servicio de los derechos humanos.

4 EL TEATRO COMO RESPUESTA DESDE UN PARADIGMA CRÍTICO DE CIUDADANÍA

Nuestra aproximación a la utilidad del teatro como potencial creativo y participativo con las personas sin hogar se basa en dos espacios de intervención. Uno de ellos se centra en un trabajo de campo que realizamos en los años 2014 y 2015 (con una duración de 14 meses) en dos centros de acogida de la ciudad de Sevilla. En el mismo, implementamos dos talleres de teatro aplicado a la intervención social dirigido a dos grupos de personas (alrededor de 20 participantes) que estaban siendo acogidas en dichos centros. En los grupos desarrollamos de manera complementaria la aplicación de algunas técnicas de la intervención social (sobre todo las entrevistas y grupos de discusión) con otras del ámbito teatral (teatro imagen, teatro foro e improvisaciones, fundamentalmente). El segundo es un proyecto dirigido a personas sin hogar que está vigente desde

2007, se denomina Teatro de la Inclusión y aúna el trabajo social grupal con la experiencia de la producción artística y el aprendizaje holístico (GARDNER, 1994). En estos 10 años de trayectoria han participado alrededor de 60 personas, de ambos géneros y de diversas procedencias geográficas y culturales. Al igual que en el espacio anterior, en este, se trata de un proceso donde la finalidad está en el desarrollo humano por medio de las capacidades y el empoderamiento a través de la utilización de herramientas de las ciencias sociales y el arte. En el caso de Teatro de la Inclusión, es una experiencia que llevamos sistematizando gracias a la duración del proyecto y a la implicación de los participantes.

En ambos casos, y como ya hemos anunciado, la centralidad de la metodología está basada en una interdisciplinariedad entre estos campos, cuyo elemento clave es la participación activa de los participantes. Además de las técnicas referidas, en Teatro de la Inclusión se implementa un proceso de trabajo más estructurado que se fundamenta en la creación colectiva teatral (GARCÍA, 1994) como método donde se complementan tanto las improvisaciones como el análisis crítico de los diferentes temas que se debaten desde las experiencias de estigmatización que los sujetos padecen en el contexto del sinhogarismo. A todo ello, hay un elemento crucial: la memoria como instrumento de recuperación de las identidades. Memorias que son narradas a partir de aquellos acontecimientos históricos que cada persona elige y considera necesario rescatar. Como argumenta José, uno de los participantes más antiguos de Teatro de la Inclusión, “consiste en crear arte partiendo de la propia experiencia vital, sobre todo aquellas cuestiones humanas que pueden preocuparnos”³.

La utilización conjunta de estas técnicas interdisciplinarias cumple dos objetivos. Por un lado sirve de recurso para el desarrollo humano a través de la educación en valores que el modelo relacional y holístico del teatro permite. Por otro, es un medio para el montaje de obras teatrales que están centradas en los temas de interés del grupo y que tienen como contenidos las experiencias relatadas por los participantes. De este modo, en los ensayos, estos toman decisiones sobre criterios como la construcción de personajes, la selección de los argumentos, vestuarios, la temática principal de la obra, etc. Todo ello posibilita una participación activa y directa y, sobre todo, una implicación que no suele verse reflejada en el

³ J.L escribió un libro de memorias sobre su participación en Teatro de la Inclusión que se titula “Memorias de un sueño”. Este material reúne datos, experiencias propias y colectiva del grupo como una forma de sistematización personal que hizo este componente. Aprovechamos algunas de sus reflexiones pues consideramos que son capitales en el conocimiento de este proceso.

resto de los espacios públicos y privados a los que asisten bajo la categoría de personas sin hogar. Es así como el teatro se convierte en un vehículo a través del cual expresan emociones e inquietudes, miedos y esperanzas, el dolor y la lucha. Los ensayos se convierten en un espacio colectivo donde se articulan otros modos de interactuar, donde se deconstruyen aquellos componentes de estigmatización, sumisión y discriminación que padecen. A su vez, es un espacio donde se reconstruyen mecanismos hacia el empoderamiento y la capacitación a partir de las experiencias y las creatividades.

El teatro sirve “para mi superación personal, de pertenencia a un grupo, pertenecer a algo tiene mucho valor para mí”, aclara Libertad, mujer de unos 60 años de edad. O como explica Katy: “ahora he podido expresar mis sentimiento, he podido abrirme”. La apertura de la que habla esta mujer tiene una significación especial en un ámbito como el del sinhogarismo donde hombres y mujeres se ven abocados a una supervivencia basada en una competitividad hostil. Competitividad que no deja espacio para un intercambio basado en el respeto, las opiniones y análisis desde una reflexión crítica y mesurada. Otro participante de los talleres, Raúl, joven que vivió durante un largo tiempo la experiencia de la calle, asistió a los talleres realizados en uno de los centros de acogida, tras un largo período en el que se mostraba esquivo y hermético ante las propuestas que hacíamos en las sesiones de trabajo, progresivamente, fue entrando en una dinámica más participativa. Tras la finalización del taller expuso: “cada vez tengo menos reparos en expresar lo que me sucedió y esto me da a entender lo que me pasó (refiriéndose a los duros años de vida en la calle)”. Este tipo de manifestaciones, expresada por una persona con una enorme carga de estigmatización, muestra la importancia que puede tener el teatro como espacio de reconstrucción identitaria. Sin esta identidad reconstituida, la ciudadanía es un espejismo pues el sujeto no se siente con seguridad para hablar de sí y de lo otro.

Otro aspecto, igual de relevante, es la modificación de conductas agonales en la esfera de las interacciones. Como apuntamos, el ambiente convivencial del sinhogarismo suele estar cargado de tensiones, agresividad, desconfianza, etc. La práctica cultural del teatro ofrece la oportunidad de ensayar otros modos relacionales donde se pueda establecer actitudes de diálogo, intercambio, respeto, etc. posibilitando un cambio cualitativo en las interacciones. En este sentido, Francisco, alude al respecto: “mi sueño es transmitir a través del teatro y yo necesito contar con ustedes (refiriéndose

al resto de compañeros/as) para hacerlo”. Por su parte, Antonio añade “como grupo vamos mejorando poco a poco en nuestras relaciones”. La contextualización positiva de estas interacciones consigue transformar las relaciones agonales en relaciones de ayuda mutua y cooperativa. En este sentido, otro compañero, Víctor, en uno de los ensayos comentó: “el teatro me ayuda a quitarme el miedo. Porque sé que contar mis cosas me puede ayudar. También porque al ver cómo actúan los compañeros, veo como me puede afectar a mí, veo como lo haría yo si estuviera en su lugar”. Este tipo de discursos muestran como el teatro está siendo un espacio de valoración a partir de las re-significación y la autoidentificación de sí mismo en un entorno donde se está potenciando un proceso encaminado hacia el empoderamiento de la persona. Estos pasos son fundamentales para la conquista del sentido de ciudadanía.

En cuanto a las representaciones teatrales que Teatro de la Inclusión lleva realizando en estos diez años, en diferentes espacios e instituciones (teatros públicos, plazas, centros de acogida, penitenciarias, universidades, etc.), supone un ejemplo más en la potenciación del empoderamiento. La capacidad del teatro de posibilitar espacios de representatividad social y política de un grupo de personas sin hogar genera un proceso que no está exento de significación para la práctica material de los Derechos Humanos. “Hubo aceptación y nos sentimos escuchados. No es fácil normalmente captar la atención de los demás, e incluso, que muestren interés por tu mensaje...y más complicado aún que te lleguen a respetar y entender. Nosotros, ese día, los habíamos conseguido”. Así es como José Luís expresa sus sensaciones después de haber actuado en una de las representaciones. Otro actor del grupo, tras la finalización de la representación, comentó: “lo que más sentí fueron los aplausos. No era un simple aplauso, tenía cariño. Y tenían un valor”. Estas y otras manifestaciones aluden a un reconocimiento sentido por parte de sujetos que están acostumbrados a no ser reconocidos en ninguno de sus actos o espacios (familiar y social). Las actuaciones sirven de medio representativo para quienes no están habituados a representarse o ser representados por instancia alguna. Sirve para “motivarnos y poder seguir adelante, con la cabeza bien alta”, alude Amorin. Estos discursos marcan un punto de inflexión en la persona estigmatizada, señala un cambio en la apreciación de las capacidades que cada uno/a posee y que puede desarrollar, ejercitar. De algún modo, el teatro es un espacio que les permite salir de las sombras en las que estaban ocultos, proporcionando una visibilización a partir de la recuperación de

la dignidad, esa que les fue arrebatada. O como declaró Raúl, en un foro ante el público asistente en una de las actuaciones: “cada uno podemos ser dignos de querer ser como somos”.

CONCLUSIÓN

Factores principales del sinhogarismo como son la falta de vivienda, el desempleo, la carencia de medios económicos para la subsistencia o la ruptura de las redes socio-familiares están insertos en un contexto de exclusión que tiene como consecuencia, entre otros, la pérdida de la dignidad para muchos de los ciudadanos de nuestras ciudades. Dicha pérdida es sintomática de un proceso de estigmatización que aboca a estas personas a llevar una vida deshumanizante que son contrarios a los valores democráticos y éticos en la época actual.

Desde nuestro punto de vista, las respuestas a esta situación, compleja y delicada, no puede basarse en modelos asistenciales y de control social. La centralidad de este problema trasciende la esfera económica, alcanza a ser un problema de carácter humano. Es un problema que atraviesa los propios valores de conceptos como el de ciudadanía y democracia. La invisibilidad y el silencio en el que se encuentran las personas sin hogar es un síntoma del estigma que padecen. Además, supone una alarma de los escasos niveles de participación con los que cuentan dentro de la sociedad. Si acaso, las personas sin hogar cuentan con una participación que está delimitada en los espacios de interacción constituidos en lo institucional, es decir, dentro de aquellos organismos propios que suelen ofrecer recursos como son los servicios sociales o del tercer sector y que los abocan a un intercambio basado en el asistencialismo. De aquí que, frente a una lucha cotidiana centrada en la subsistencia individualista, sea necesario establecer mecanismos de intercambio donde lo grupal ejerza poder de participación ciudadana. Durante los ensayos y las sesiones de los talleres se crean espacios de interacción de reciprocidad colaborativa, donde los sujetos comprueban que existen otros modos de relacionarse.

De ahí, la pertinencia en buscar estrategias que promuevan el ejercicio político de una ciudadanía centrada en la identidad protagónica del los sujetos a partir de los valores y no de los estigmas. La praxis política del teatro posibilita este ejercicio. Hacemos referencia a la práctica cultural del teatro como medio de “constitución de lo

instituyente” porque consiste en una construcción, paso a paso, desde la heterogeneidad, de los contextos y las personas, una construcción según los tiempos y los espacios. Es un proceso y es instituyente porque se está haciendo en base a unos consensos, a partir de criterios colectivos y desde una práctica con las que intentamos constituir nuevos modos de relaciones. La dimensión pedagógica del teatro abre un campo en el que, a través de las habilidades aprendidas, las personas ensayan e intercambian otras maneras de ser y estar ante el mundo. Esta nueva cualidad de re-identificación con modos relacionales diferentes a los establecidos, desde la violencia y la competitividad, permite, en un nivel superior, una toma de conciencia de la dignidad como derecho inquebrantable de cada sujeto.

La conquista del ágora por parte de personas sometidas por un sistema que los oprime, como es el caso de las personas sin hogar, pasa por la recuperación de los valores democráticos, aquellos que no ha sido posibilitados por el propio sistema pero, que, son apropiados por los protagonistas. Como dimensión política, el teatro establece análisis críticos donde el escenario se convierte en un estrado donde se expresan sentimientos y opiniones, reivindicaciones y anhelos. De este modo, el escenario es el nuevo ágora representativa de una historia en la que confluyen relatos, discursos y memorias de los otros y otras, aquellos que no están siendo representados por el sistema hegemónico. La palabra tomada como derecho y el cuerpo asumido como verso son narraciones de una política propia, la que practican y exponen los actores y actrices, participantes todos y todas de una ciudadanía activa sentida hacia la construcción de una sociedad que sea inclusiva y más justa.

REFERENCIAS

APDH - ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS. Personas sin hogar. Los servicios sociales del ayuntamiento, incapaces de responder a las demandas básicas de las personas en exclusión. Sevilla, 2013. Disponible en: <https://www.apdha.org>. Recuperado en: 25 may. 2016.

ADDAMS, J. **Veinte años en Hull House**. Murcia: Editum. Universidad de Murcia, 2014.

ANDERSON, I. Services for homeless people in Europe: supporting pathways out of homelessness? En: Edgar, B. & Dohety, J. (Coords.), **Homelessness Research in Europe** (pp.41-65), Bruselas: Feantsa, 2010

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

BRECHT, B. **Escritos sobre teatro**. Barcelona: Alba Editorial, 2004.

BRETERTHON, J. Reconsidering Gender in Homelessness. **European Journal of Homelessness**, 11 (1), p. 13-33, 2017.

BOAL, A. **Teatro del oprimido**. México: Nueva Imagen, 1984.

CASTEL, R. De la exclusión como estado a la vulnerabilidad como proceso. **Revista Archipiélago**, 21, 21-36, 1995.

CASTEL, R. **La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

CASTORIADIS, C. **La institución imaginaria de la sociedad**. Barcelona: Tusquets Editores, 2013.

CHOMSKY, N. **Razones para la anarquía**. Barcelona: Ediciones Malpaso, 2014.

DEWEY, J. **El arte como experiencia**. Barcelona: Paidós, 2008.

DOHERTY, J. El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas. **Documentación Social**, 138, p. 41-61, 2005.

FOUCAULT, M. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Gedisa, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA- INE. Encuestas sobre las personas sin hogar. Avances de resultados. Año 2012. **Notas de Prensa**. Recuperado de www.ine.es/prensa/np761.pdf, 2012.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Estrategia nacional integral para personas sin hogar 2015-2020**. Ministerios del Interior, Madrid, 2015.

GARCÍA, S. **Teoría y práctica del teatro**. Bogotá: Editorial Teatro La Candelaria, 1994.

GARDNER, H. **Educación artística y desarrollo humano**. Madrid: Paidós Ibérica, 1994.

GOFFMAN, E. **Estigma. La identidad deteriorada**. Buenos Aires: Amorrortu, 2010.

HERRERA FLORES, J. **El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana**. Sevilla: Aconcagua, 2005.

LITVAK, L. **Musa libertaria. Arte, literatura y vida cultural del anarquismo español (1880-1913)**. Madrid: Fundación Anselmo Lorenzo, 2001.

MARTÍN-BARBERO, J. **De los medios a las mediaciones. Comunicación, cultura y hegemonía**. Bogotá: Ed. Nomos, 2003.

NIETO, C., NICASIO, R., MARTÍN, R. y GARCÍA, A. (Eds.). **De la pobreza a la marginación. Relatos y discursos de personas en situación de marginalidad. Las emociones desde el corazón de personas sin hogar**. Madrid: Editorial Dykinson, 2017.

YOUNG, I. 2000. **La justicia y la política de la diferencia**. Universitat de Valencia. Càtedra.

MAYOCK, P. & SHERIDAN, S. Women and long-term homelessness. **The Magazine of FEANTSA** (European Federation of National Organisation Working with the Homeless), 2016, p. 4-7. Recuperado de <https://www.feantsa.org/.../summer-2016-perspectives-on-women>.

PRENDERGAST, M. & SAXTON, J. **Applied theatre: International case studies and challenges for practice**. Bristol: Intellect Books Ltd., 2009.

TSEMBERIS, S. **Housing First: The Pathways Model to End Homelessness for People with Mental Illness and Addiction**. Center City, Minnesota: Hazelden Press, 2010.

WATSON, S. **Homelessness Revisited: New Reflections on Old Paradigms**. *Urban Policy and Research* 18(2), 2000, p.159-170.

DIREITO À INTIMIDADE VS. DIREITO À INFORMAÇÃO: ADI 4.815/DF E O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

RIGHT TO INTIMACY VS. RIGHT TO INFORMATION: ADI 4.815/DF AND THE CONSTITUTIONAL TREATMENT OF UNAUTHORIZED BIOGRAPHIES

José Duarte Neto *

Laura Rizzo **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direitos à privacidade e à intimidade e direito à manifestação do pensamento e à informação: breve esboço sobre o tratamento normativo na organização constitucional brasileira. 1.1 Direito à Intimidade e Direito à Privacidade. 1.2 Direito à Manifestação do Pensamento e à Informação. 2 O constitucionalismo de direitos fundamentais: um constitucionalismo principiológico. 3 A dogmática da colisão de direitos fundamentais e o papel dos princípios constitucionais. 4 O tratamento do direito à manifestação do pensamento, à liberdade de expressão e a à informação no Supremo Tribunal Federal. 5 Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF: as biografias não autorizadas. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a decisão proferida na ADI nº 4.815/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em que restou estabelecida a desnecessidade de autorização prévia do biografado e de coadjuvantes para a publicação de biografias. Em verdade, por trás da decisão, há o conflito entre Direitos Fundamentais: o Direito à Intimidade e o Direito à Informação, enquanto princípios constitucionais, colidem diante de situações concretas em que ambos podem ser legitimamente exercidos, e demandam a ponderação judiciária para a resolução do conflito, visto que a nenhum deles pode ser atribuído o caráter de absoluto. Assim, a presente pesquisa se propõe a analisar se tal decisão observou o núcleo essencial do Direito à Intimidade ou se o Direito à Informação foi realizado em sua forma ótima, bem como se a dignidade da pessoa humana, princípio guia de todo o ordenamento jurídico, foi respeitada quando da decisão. Para tanto, utilizando-se principalmente da pesquisa bibliográfica e guiando-se pelo método dedutivo, será analisada a evolução constitucional brasileira com relação à tutela dos direitos em colisão, a forma de resolução de conflitos entre Direitos Fundamentais pela doutrina e pelo órgão de cúpula do judiciário brasileiro, e a ADI nº 4.815/DF sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito à Intimidade. Direito à Informação. Supremo Tribunal Federal. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the decision issued in ADI nº 4.815/DF by the Federal Supreme Court, which established the needlessness for prior authorization of biographer*

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Professor Assistente Doutor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP - Câmpus de Franca. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico) da UNESP - Câmpus de Franca (Quadrênio 2017-2021). ** Mestranda na área de Direito Constitucional pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Bacharela em Direito pela UNESP - Câmpus de Franca (2019).

Artigo recebido em 30/10/2019 e aceito em 30/10/2019.

Como citar: DUARTE NETO, José; RIZZO, Laura. Direito à intimidade vs. direito à informação: ADI 4.815/DF e o tratamento constitucional das biografias não autorizadas.

Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 21, n. 34, p. 277-310. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

and assistants for the publication of biographies. Indeed, behind the decision is the conflict between Fundamental Rights: the Right to Intimacy and the Right to Information, as constitutional principles, collide in concrete situations in which both can be legitimately exercised, and demand judicial consideration for resolution, since to none of them can be attributed the character of absolute. Thus, the present research intends to analyze whether this decision observed the essential core of the Right to Intimacy or if the Right to Information was realized in its optimal form, as well as if the dignity of the human person, guiding principle of the entire legal system, was respected when making the decision. For such, using mainly the bibliographical research and guided by the deductive method, will be analyzed the Brazilian constitutional evolution in relation to the protection of the rights in collision, the form of resolution of conflicts between Fundamental Rights by the doctrine and by the summit organ of the Brazilian judiciary, and the ADI n° 4.815/DF from the perspective of the dignity of the human person.

Keywords: *Right to intimacy. Right to information. Federal Supreme Court. Dignity of the human person.*

INTRODUÇÃO

A organização constitucional brasileira caracteriza-se pela consolidação da tutela dos direitos fundamentais. Esses, frutos das mais diversas manifestações e reivindicações, assinalam o desenvolvimento da proteção aos requisitos essenciais ao livre desenvolvimento humano, amparados pela dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, valor moral e princípio guia do ordenamento jurídico brasileiro. Expressão normativa do desabrochar difícil, tardio, mas efetivo da Cidadania.

Entre os direitos de cidadania, os de primeira dimensão histórica – por idiossincrasias políticas, sociais, culturais e econômicas – vieram somente tardiamente se consolidar entre nós. As explicações de José Murilo de Carvalho (2015) são o bastante para que se compreendam as razões e o texto da Constituição de 1988, em especial os direitos positivados em seu artigo 5º e incisos, são a demonstração normativa do afirmado. Entre os direitos positivados e aperfeiçoados pelo artigo 5º da CF, encontra-se de um lado a liberdade de opinião, crença e a de manifestação do pensamento (art. 5º, incisos VI e IV), de outro o direito à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem (art. 5º, inciso X).

Normativamente positivados, abstratamente protegidos em disposições constitucionais de idêntica dignidade e hierarquia normativa, não se desconhecem atritos e conflitos em sua práxis e em sua efetividade. São colisões concretas cuja solução é deixada ora para o legislador, ora para os juízes, em sua tarefa de preservar o núcleo axiológico de ambos e, segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas concretas, priorizar um em prejuízo do outro, sem que prioridade signifique aniquilação.

Um dos exemplos de colisão dessa natureza, que ganhou o debate nacional, foi a proibição ou a permissão da publicação de biografias não autorizadas. Debate constitucional que se travou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF. A questão processual constitucional colocou em debate, vez outra, os dois direitos já enunciados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.815/DF, afastou a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias e estabeleceu a prevalência do direito à informação sobre o direito à intimidade. A proposta deste trabalho é revisitar a decisão e criticá-la enquanto cânone para a solução de questões outras que venham surgir em face da colisão dos mesmos direitos.

É tarefa que se empreende pela investigação da sua positivação durante a sucessão de constituições na organização constitucional brasileira, pelo enfrentamento da teoria da tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas e da adequação da técnica de resolução de conflitos de direitos fundamentais pela ponderação judicial e na recuperação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. O estudo se empreende pelo método dedutivo.

1 DIREITOS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE E DIREITO À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E À INFORMAÇÃO: BREVE ESCORÇO SOBRE O TRATAMENTO NORMATIVO NA ORGANIZAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais aconteceram em nossa experiência histórica de forma irregular e fragmentada. Os direitos e as relações jurídicas de uma cidadania civil extravasam-se em normas de competência negativa para os poderes públicos (vedações de ingerências no campo individual e faculdades jurídico-subjetivas de evitar a intromissão lesiva dos poderes de Estado e, agora também, da ação dos particulares). Na ordem histórica temporal de emergência da cidadania, a cidadania política guarda sintonia com a cidadania civil, não porque dela derive diretamente, mas porque surge como sua consolidação, conforme observação de Marshall. Nasceram imbricadas uma amparando a outra. Mas, segundo José Murilo de Carvalho (2015), conosco houve uma inversão histórica, pois a cidadania civil somente teve possibilidades de frutificar após a consolidação da cidadania política. O processo histórico fora diverso. Primeiro sobrevieram direitos sociais, conferidos na ausência de direitos civis e políticos, para somente após, com a insurgência contra o arbítrio e a obtenção da emancipação

política, consolidarem-se direitos civis. Vieram efetivamente, logo, só com a Constituição promulgada em 1988. Isso não quer dizer que os direitos civis não ocuparam os diferentes textos constitucionais. Suas possibilidades e idealizações normativas foram também reflexo de seu momento histórico. Compreendê-los é compreender como desaguarão no regime jurídico do artigo 5º da Constituição. Em especial, em relação às liberdades de intimidade e privacidade e às de opinião, crença, manifestação do pensamento e informação, o enfileiramento dos diferentes textos constitucionais é exigência que prioritariamente se impõe.

1.1 Direito à Intimidade e Direito à Privacidade

Em seu discurso no Ateneu de Paris em 1819, Benjamin Constant (2002) disserta sobre a liberdade de seus contemporâneos, ditos modernos, contrastando-a com a dos antigos. Enumera os benefícios das liberdades individuais em oposição às coletivas e pertencentes aos antigos, denuncia Rousseau e o Abbé de Mably por suas defesas intransigentes da participação política em prejuízo das liberdades possíveis no espaço da vida privada, chama a atenção para os perigos do arbítrio coletivo, enaltece o governo representativo como o único possível a preservar as liberdades dos modernos. Em resumo, será Benjamin Constant o arauto e o defensor intransigente das liberdades e autonomias. Liberdades de não ingerência na esfera individual, a que o direito à intimidade, à vida privada, à imagem e a honra são a expressão mais significativa e simbólica, pois vinculado diretamente à autonomia do indivíduo, à personalidade enquanto expressão de uma identidade humana em seus aspectos biológicos, psicológicos e sociais e à dignidade humana. Sua tutela, extravasada pela enunciação declaratória de sua existência (art. 5º, inciso X da CF) e pela previsão de garantias constitucionais (art. 5º, inciso XI e XII da CF), é mutável. Mutável por estar adstrita ao colorido normativo de seu tempo e espaço, a justificar, por isso, um espectro de proteções diferentes. Mas que nunca foi descurado por nenhuma de nossas Constituições.

A Constituição de 1824, em seu artigo 179, incisos VII e XXVII (BRASIL, 1824), protegia-o (o direito) no resguardo do domicílio e das comunicações por cartas contra invasões indevidas, impondo responsabilidade aos Correios. O mesmo nas Constituições de 1891 (art. 72, §§ 11 e 18), 1934 (art. 113, incisos 8º e 16), 1937 (art. 122, inciso 6º), 1946 (art. 141, §§ 6º e 15), 1967 (art. 150, § 9º e 10) e EC 1/1969 (art. 153, §§ 9º e 10).

A título elucidativo, a liberdade autonomia quanto à intimidade e à vida privada sempre foi tutelada pela previsão normativa da garantia constitucional da inviolabilidade da casa, espaço onde o direito é desenvolvido, e o sigilo de correspondência e, já no século XX, o sigilo de transmissão das comunicações telegráficas e telefônicas. A construção doutrinária em torno desse direito inicia-se com a inviolabilidade do domicílio, passa pelo sigilo da correspondência, o segredo profissional, o direito à honra e à reputação, e acaba adquirindo proteção autônoma em relação aos demais direitos da personalidade, que têm como objeto a integridade moral do ser humano (LAFER, 1988, p. 240).

A Constituição Federal de 1988 determinou a proteção a todas as manifestações da privacidade (intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência), com fundamento na dignidade da pessoa humana e no seu direito à liberdade. Entretanto, a privacidade não é um direito natural, mas uma necessidade adquirida (MAURNO, 2013, p. 162), o que resta comprovado pela evolução gradativa de sua tutela.

Embora garantido constitucionalmente, a dificuldade no que concerne ao direito à intimidade está na demarcação dos seus contornos. Definir o que é o direito à intimidade e qual o seu âmbito de proteção não se faz simples, pois é conceito dinâmico e que está sob a influência de variáveis culturais, históricas, sociais e até mesmo pessoais. Em cada época e lugar, cada indivíduo singularmente considerado tem uma compreensão diferente do que deve permanecer em sua esfera íntima e, logo, quem do conhecimento alheio.

Persiste, contudo, um consenso sobre o vínculo umbilical entre o direito à intimidade, núcleo essencial, e o direito à vida privada. Edson Ferreira da Silva (1998, p. 39), por exemplo, entende que o primeiro abarca o poder jurídico do indivíduo de manter fora do conhecimento alheio e de impedir a divulgação de aspectos da “vida privada”.

Mas também está fundamentalmente ligado a um conjunto de faculdades, em que o indivíduo escolhe quais as informações que deseja compartilhar e qual o seu destino. É a liberalidade individual que determina o que deve manter-se na esfera íntima. E, mesmo uma vez fora da esfera da intimidade e da privacidade, não retira do indivíduo o poder sobre o seu uso, o seu emprego e a sua divulgação (SAMPAIO, 2013, p. 600). A potencialidade imanente ao direito à intimidade e à privacidade são ditados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Seu conteúdo axiológico representa a concretização de um ideal de tutela do ser humano

que o faz livre de obstáculos à plena realização de sua personalidade. Uma esfera de proteção (direito autonomia), fora da égide do conhecimento e da disposição alheias, é essencial para sua plena efetivação.

1.2 Direito à Manifestação do Pensamento e à Informação

O direito à informação, em sua configuração constitucional, está intimamente conjugado com a liberdade de expressão, a liberdade de opinião e o direito de comunicação social. Formas de externar o pensamento e receber informações (STROPPA, 2010, p. 57). Sua construção histórico-constitucional, como direito de informação, assim como aconteceu com o direito à intimidade ou privacidade, fez-se a partir dos direitos correlatos.

Assim, na Constituição de 1824 (art. 179, IV), 1891 (art. 72, § 12), 1934 (art. 113, 9º), 1937 (art. 122, 15), 1946 (art. 141, § 5º), 1967 (art. 150, § 8º) e EC 1/69 (art. 153, § 8º).

As Constituições de 1824 e 1891 estabeleciam a liberdade de manifestação do pensamento, vedavam a censura e possibilitavam a responsabilização pelos excessos nos termos da lei. Foi a primeira Constituição republicana que acrescentou a proibição do anonimato na manifestação do pensamento. A partir da Constituição de 1946, a censura passou a ser admitida para espetáculos e diversões públicas e quanto a publicação de livros e periódicos, proibia-se a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem. Censura esta que se expandiria qualitativa e quantitativamente, por razões óbvias, na Constituição de 1937 e retornaria aos padrões de 1934 com a Constituição de 1946, que à proibição material à publicação de livros e periódicos, acrescentaria a vedação aos preconceitos de raça ou classe, seguindo o mesmo caminho a redação originária da Constituição de 1967. A partir da Emenda 1/69, muito embora a publicação de livros, jornais e periódicos não dependesse de licença, eram vedadas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

O período de 1967 e 1969 conviveu com uma série de normas que restringiram, inviabilizaram ou anularam o direito à informação e a manifestação do pensamento. É digno de nota o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. O Ato Institucional nº 5 conferia ao Presidente da República parcela de poderes sem precedentes em nossa história constitucional. Em razão dele, entre outras medidas arbitrárias, permitia ao Presidente

editar Atos Complementares para execução do Ato Institucional, adotar, se necessário fosse, medidas pertinentes ao estado de sítio (art. 9), entre elas, a “censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas (art. 156, § 2º, alínea “F” da CF de 67 com a EC 1/69).

Além dele, a Lei 5.536/1968 estabelecia a censura a obras teatrais e cinematográficas e criava o Conselho Superior da Censura. Regulamentava o permissivo constitucional para as hipóteses de espetáculos e diversões públicas. A partir da parte final do § 8º do art. 153, que vedava a publicação contrária a moral e aos bons costumes, o Presidente da República, no uso de suas atribuições do artigo 55, inciso I (expedir decretos-leis sobre a segurança nacional), editou o Decreto-lei nº 1.077 de 1970, com censura para livros, jornais e periódicos e a possibilidade de perda e incineração de livros ou materiais que não tenham sido previamente liberados para publicação (art. 5º, inciso II). Durante todo o período, até 2009, conviveu-se com a Lei 5.250 de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, cujo objetivo era regulamentar a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. A lei tipificava várias condutas como criminosas, entre elas: a) a calúnia, a injúria e a difamação cometidas pela imprensa (arts. 20 a 22); b) a publicação dolosa ou culposa de notícias falsas ou “fatos verdadeiros truncados ou deturpados” (sic) que provocassem a perturbação da ordem pública ou alarma social, a desconfiança do sistema bancário, abalo do crédito ou de qualquer empresa, de prejuízo ao crédito da União ou dos demais entes federativos ou perturbação na cotação de mercadorias e títulos imobiliários (art. 11); c) ofensa à moral pública e aos bons costumes.

O período de repressão e supressão da liberdade de manifestação do pensamento somente seria superado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em uma série de disposições criou um microsistema que protege a liberdade de manifestação do pensamento e o direito à informação (artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIV e art. 220 e seguintes). Como concretizado a plena liberdade de manifestação do pensamento, quando em contraste ou atrito com outros direitos, sob a égide uma Constituição democrática, é o que os próximos capítulos procurarão descortinar.

2 O CONSTITUCIONALISMO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIOLÓGICO

Cada vez mais, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário e os Tribunais Constitucionais assumem a implementação

de Direitos Fundamentais e políticas públicas que anteriormente cabiam ao Legislativo e ao Executivo. Caminhou-se uniformemente, e a passos largos, em direção a outro modelo de Estado e de hierarquia entre as fontes normativas.

A experiência não é nova no Constitucionalismo americano. Sua tradição constitucional evoluiu, ora de uma interpretação estrita, ora para interpretação mais ampla da Constituição, o que conseqüentemente implica maiores ou menores poderes ao órgão jurisdicional¹. Ora maiores, ora menores, contudo, sempre houve uma atuação de protagonismo jurisdicional, quer com um sentido progressista, quer com um reacionário, mas nunca que tenha desconsiderado a força normativa dos preceitos constitucionais junto a ordem social e econômica (não exclusivamente junto a ordem política).

Daí que um Constitucionalismo de Direitos Fundamentais concretizado judicialmente, preferido por alguns com o neologismo de Neoconstitucionalismo, não dispensa, mas pressupõe a intervenção proativa do Poder Judiciário e, entre seus órgãos, das Cortes Constitucionais. A maior inserção do Poder Judiciário, por seu turno, não é fato provindo de raízes exclusivamente institucionais, mas também ideológicas². É a razão que permite a Luís Roberto Barroso diferenciar a “judicialização” do “ativismo”. O primeiro é o exercício regular da jurisdição, a consecução dos fins e o emprego dos meios que o constituinte colocou aos cuidados do poder judiciário para o exercício de sua atribuição constitucional. O ativismo, ao contrário, é uma atitude, uma postura diante do direito

¹ Sobre a concepção de interpretação jurisdicional Cf. SUSTEIN, Cass. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p 117-154. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3ª ed. New York: Foundation Press, 2000. p 47-67. TRIBE, Laurence et DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

² O ativismo judicial floresce em dadas circunstâncias e sob certos influxos. São eles: a) a existência de uma Democracia Constitucional consolidada; b) um sistema equilibrado de divisão funcional de poderes; c) um programa de direitos que permita a proteção de minorias; d) o acesso às Cortes Constitucionais por grupos de interesse, ainda que minoritários, pela oposição ou por partidos políticos como forma de frear as maiorias políticas; e) a existência de instituições majoritárias disfuncionais ou com fraca efetividade; f) grande prestígio do Poder Judiciário em prejuízo das instâncias políticas majoritárias, tidas como imobilizadas ou corruptas; g) prioridade da arena judicial, em relação aos demais poderes, para solução de questões com alto custo social ou político. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça. Profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011. p 14. Ainda Cf TATE, C Neal. **The Judicialization of Politics in the Phillipines and Southeast Asia**. **International Political Science Review/Revue internationale de Science Politique**. N° 2, Vol 15, p 187-197; TATE, C. Neal. **The Methodology of Judicial Behavior Research: A Review and Critique**. **Political Behavior**, N. 1, Vol. 5, p 51-82; VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction**. **International Political Science Review/Revue internationale de Science Politique**. N° 2, Vol 15, p 91-99.

(sobretudo, constitucional), uma forma de interpretar a Constituição (proativamente) e uma maneira de postar perante as demandas sociais e diante da omissão dos demais poderes. Revela-se, a guisa de exemplo, pela: a) aplicação direta da Constituição a situações não previstas e mesmo sem a concretização do legislador; b) declaração de inconstitucionalidade que, não só, a violação da Constituição; c) imposições de agir ao poder público em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, *online*).

Esta compreensão do Constitucionalismo e do Direito Constitucional e que tem por pressuposto cânones dogmáticos que pressupõem uma Constituição tutelar, sobretudo, de Direitos Fundamentais, invasiva, que normativamente se estabelece por princípios (em prejuízos de regras) e que se concretiza, em grande parte e com mais vigor, por obra dos juízes e tribunais, menos pelos legisladores, que, por sua vez, encontram nos princípios constitucionais possibilidades de criação ou proatividade judicial, não é livre de críticas.

Com efeito, para uns, seus pressupostos metodológicos e ontológicos não se sustentariam ou colocariam em xeque o resultado, pois: a) não existiria um Estado pós-moderno, quer porque não há como datar o fim da modernidade, quer porque as estruturas estatais permanecem inalteradas, efetivas e operantes no último século (entre elas as complexas relações entre poderes do Estado), e, por isso, uma organização política pós-moderna no mínimo estaria em construção para o futuro (nunca acabada, construída e consolidada em definitivo); b) não há uma compreensão jusnaturalista do Direito como superação de uma positivista, afinal, as teorias sobre o Direito sempre foram múltiplas como as fontes do objeto estudado (o Direito) e nunca existiu um cânone ou uma ortodoxia em nível teórico, sendo simplório um enunciado dessa envergadura; c) sendo o Direito ontologicamente multifacetado, os operadores e teóricos jurídicos sempre trataram com valores, não sendo ente descoberto ou operado em exclusividade por Neoconstitucionalistas; d) os Princípios de Direito, fundamentos de qualquer ordenamento, sempre foram aplicados e interpretados pelos mais diferentes operadores jurídicos, por óbvio, nunca *contra legem*, pois sua densificação em “regras” gerais e abstratas se faz por ingerência do Legislativo e nunca pelo juiz que faz “norma” para o caso concreto; e) a força normativa da Constituição prevalece desde sempre e a primeira lembrança que vem à mente quando se pensa no Constitucionalismo americano é sua jurisdição constitucional; f) a valoração dos Direitos Fundamentais está presente na

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e o discurso Neoconstitucionalista é uma platitude; g) não há uma nova Hermenêutica ou uma atitude nova do intérprete — que nem sempre opera com cláusulas abertas, ao contrário, a maioria das normas são concretas e com uma densidade semântica fechada, o que limita a liberdade daquele que interpreta — e uma breve consulta aos clássicos da exegese demonstrará a assertiva do enunciado, o que faz com que Neoconstitucionalistas, em verdade, “desejem” uma interpretação criativa e que não é o mesmo dela (interpretação) ter sempre essa qualidade; h) a Constitucionalização do Direito sempre foi pressuposto das Constituições promulgadas na esteira do Constitucionalismo clássico, desde *Marbury x Madison* (1803), pois, não há como admitir a supremacia constitucional sem pressupor que as Constituições têm primazia sobre as leis e distintos aspectos da sociedade. Em resumo, o neologismo Neoconstitucionalismo não passaria de uma ideologia. Não é uma proposta institucional histórica de limitação do poder, logo não é Constitucionalismo, como não é um sistema dogmático coerente que possibilite segurança jurídica e efetividade na solução normativa das questões constitucionais (FERREIRA FILHO, 2010).

Humberto Ávila é outro autor que enfrenta o que chama dos quatro fundamentos Neoconstitucionalistas: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional. No **aspecto normativo**, afirma que, ao reverso do que sustentam muitos, as Constituições do Pós-Guerra fizeram uma clara opção por regras e não princípios (o número daquelas é maior se comparado com essas). E não poderia ser diferente, porque são as regras que têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, regulação, conhecimento, custos e limitação do poder. Daí não existir uma prevalência de ordem quantitativa dos Princípios em relação as regras. Não há identicamente uma prioridade qualitativa. São normas que ocupam diferentes funções no sistema jurídico, os princípios se prestariam para integrar as lacunas e imprimir sentido à interpretação das regras e essas para dar certeza ao sistema e solucionar antecipadamente futuros problemas jurídicos. Compreender diferente implica flexibilizar normas que a Constituição quis como persistentes. A lógica do Sistema exige que uma regra só seja descartada quando inconstitucional. De resto, regras e princípios gozam de funcionalidade própria. **Metodologicamente** a ponderação é técnica de operacionalidade de normas que subvertem princípios basilares do Sistema Jurídico: a) desconstrói o escalonamento entre normas, o que, fatalmente, poderia justificar lesar o Princípio da supremacia constitucional;

b) aniquila com as regras e compromete a função participativa do Poder Legislativo dentro do sistema político e, por isso, coloca em risco o princípio democrático e, com ele, da Separação de Poderes; c) a ponderação conduz a um subjetivismo e acarreta a perda de previsibilidade e segurança jurídica, princípios tão caros ao Direito; d) a ponderação retira parte da normatividade dos Princípios, que antes tinham um seu sentido fechado, e que com a técnica passam à discricionariedade do caso concreto submetido ao julgador. **Axiologicamente** os Neoconstitucionalistas professam uma fé na Justiça particular e do caso concreto e em prejuízo de um sentido prévio e geral do justo, presente em regras gerais e abstratas.

A inexistência de regras implica a existência de conflitos de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. Não se afastam as regras sem se afastarem os problemas que elas ajudam a resolver. Em outras palavras, a desconsideração das regras implica uma forma de injustiça. Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando justiça geral em favor da justiça particular. Em suma, a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, seja o que isso signifique, apesar das circunstâncias selecionadas pela regra legal, não é algo necessariamente positivo, e a contemplação dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo (ÁVILA, 2009, p. 15).

Em relação ao aspecto organizativo, o autor denuncia a ascensão dos Tribunais e as consequências da gravitação dos demais órgãos de soberania:

Na sociedade atual, em que se asseguram as variadas manifestações da liberdade, não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação a modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas. Vale dizer, há divergência com relação aos valores e com referência ao modo de realização desses valores. A rigor, não há uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, mas soluções que precisam, por algum órgão, ser tomadas para pôr fim ao infindável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los.

Pois bem, o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* essa pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização, é o Poder Legislativo. Por meio dele é que, pelos mecanismos públicos de discussão e votação, se pode obter a participação de todos e a consideração da opinião de todos, em matérias para as quais não há uma solução, mas várias soluções para os conflitos de interesses, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários caminhos para a sua promoção. Não se quer, com isso, afirmar que a participação do Poder Judiciário deva ser menor em todas as áreas e em todas as matérias, ou que a edição de uma regra, constitucional ou legal, finda o processo de concretização normativa. Como o Poder Legislativo edita normas gerais, e como a linguagem é, em larga medida, indeterminada, caberá ao Poder Judiciário a imprescindível função de adequar a generalidade das regras à individualidade dos casos, bem como escolher, dentre os vários sentidos possíveis, aquele que melhor se conforme a Constituição, e cotejar a hipótese da regra com sua finalidade subjacente, ora ampliando, ora restringindo o seu âmbito normativo. Em suma, não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante. E que, como tal, não pode ser simplesmente apequenado, especialmente num ordenamento constitucional que, sobre estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, ainda reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias. (ÁVILA, 2009, p. 16-17)

Gilberto Bercovici (2003), sob outra perspectiva, compreende que a Teoria da Constituição ainda se atém a aspectos abstratos do Direito Constitucional, próprios que são de um Estado Liberal de Direito. Mesmo o Neoconstitucionalismo -, e essa afirmação não corre por conta desse autor, ao menos expressamente - não se desvincularam de soluções jurídicas atemporais, dogmáticas, formais e abstratas. A solução para as distintas crises experimentadas e, para concretização de um Constitucionalismo de inclusão, passa obrigatoriamente pela realidade constitucional. A realidade constitucional não está divorciada das normas constitucionais e, por isso, o Constitucionalismo é temporalmente, espacialmente, culturalmente e historicamente datado. Questões políticas como o Estado de Direito e a Democracia não podem estar restritas a debates de Teoria do Direito. Isso

faz com que as Constituições ganhem em hermetismo ideológico e percam sua vinculação como o elemento ou resultado de um povo politicamente organizado. E, nesse sentido, neoconstitucionalismo não é melhor do que o positivismo. E a ascensão dos Tribunais como *locus* de decisão política somente confirma o vaticínio. É a razão que:

[...] o tribunal constitucional se arroga o poder de elaborar a interpretação devidamente constitucional, baseando suas decisões, no caso alemão, em fundamentos constitucionais anteriores à própria Constituição. Ou seja, a competência do tribunal constitucional não deriva da Constituição, mas está acima dela. Atribuindo-se tamanho poder, o tribunal constitucional atua, nas palavras de Maus, “menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor de sua própria história jurisprudencial”.

Ao contrário do que afirmam os tribunais, o direito constitucional não é monopólio do judiciário. O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais.

A questão fundamental (e não respondida pelos adeptos do “positivismo jurisprudencial”) é a da substituição do Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia? No entanto, com o “positivismo jurisprudencial”, o constitucionalismo continua incapacitado de sair do discurso do “dever ser”, com a jurisdição constitucional, segundo Pedro de Vega García, assumindo a ambiciosa pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria constitucional, abandonando questões essenciais, como, por exemplo, a democracia ou o poder constituinte (BERCOVICI, 2003).

As críticas provindas dos vários quadrantes teóricos e ideológicos enriquecem o debate sobre uma realidade constitucional, um padrão de compreensão do Direito e um dado momento de evolução da sociedade e das instituições jurídicas. Não tem, todavia, a força para negar o padrão proeminente ocupado pelo Poder Judiciário e, em especial, pelos Tribunais Constitucionais na arquitetura do Estado. Se uns propugnam por um proativismo cada vez mais marcante, se outros o deploram, se alguns insistem que a teoria é ideologicamente marcante e tecnicamente

insuficiente, todos são concordes em um ponto: o papel do Poder Judiciário nunca exigiu, como agora, tanta tinta para explicar sua dinâmica e estática na arquitetura entre os poderes. A emergência do Poder Judiciário e sua presença como fonte normativa, agente de implementação de políticas públicas não se subsume tão só a uma mera hipótese teórica. Em verdade é um dado. E, sendo um dado, os problemas levantados não se restringem ao debate sobre absorção institucional de competências dos outros poderes ou da disfuncionalidade do modelo (relação entre poderes).

3 A DOGMÁTICA DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Quanto ao tema Direitos Fundamentais, a despeito das críticas feitas e enunciadas acima, viceja entre nós uma dogmática, leia-se: espriaia-se predominantemente uma compreensão sobre os Direitos Fundamentais que guarda lastro nos aportes do Neoconstitucionalismo e no quadro teórico de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. Não se discute se a dogmática é adequada ou não é, se gera efeitos colaterais indesejáveis ou não gera, constata-se: predomina. Predomina e impacta. A teoria que se produz a partir dela, os autores que em grande parte a professam, faz-se com requintes de filosofia escolástica, no sentido de que os ensinamentos daqueles se exteriorizam em dogma e fetiche pelos dizeres e enunciados das *auctoritates*. A jurisprudência, por inércia e pela dificuldade de fazer uma autocrítica em um quadro mais amplo do exercício da jurisdição além da questão sindicada, passivamente reproduz a concepção de um sistema normativo no qual a relação entre regras e princípios se faz em conformidade com determinado paradigma.

Destarte, a moderna dogmática dos direitos fundamentais consagrou, para sua operacionalização, a existência de dois tipos de normas: as regras e os princípios.

A presença de Princípios e regras em um sistema normativo e nas Constituições formais não é novidade. Divergem-se sobre os critérios de reconhecimento de uma e outra norma, de estrutura, de relação uma para com a outra e de efetividade. O vigente, se assim pode ser dito, é o que leva em conta a estrutura dos direitos que essas normas garantem (SILVA, V. 2011, p. 45). As regras são aquelas que garantem direitos definitivos, enquanto os princípios são os que garantem direitos *prima facie*. Se uma regra garante um direito no caso concreto, ele deverá ser realizado

totalmente; para os princípios, não se pode falar em realização total, apenas em parcial. Robert Alexy (2008, p. 90) fala em princípios como mandamentos de otimização (*Optimierungsgebot*). São caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a devida medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para uma teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre princípios e regras é fulcral e “...uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p 85). A identificação e os critérios entre uma e outra são de suma importância porque “as normas de direito fundamentais são não raro caracterizadas por princípios” (ALEXY, 2008, p 85). A elucidação de uma categoria e outra, como exigência para uma dogmática de Direitos Fundamentais, realiza-se pela dinâmica e operacionalidade de cada qual quando em um conflito normativo.

O conflito de normas, vistas como regras, não é problemático pois há muito sedimentado enquanto categoria de aplicação do direito, solucionado que é pelos critérios da anterioridade, da especialidade ou da hierarquia. Se duas normas-regra regulam uma determinada situação, é pré-condição de solução da questão jurídica saber se uma delas tem superioridade hierárquica sobre a outra, se entrou em vigor em tempo anterior ou se regula mais especificamente a matéria. É consequência da própria estrutura das regras, sem espaço semântico para a argumentação. Estas são realizadas totalmente e exigem uma aplicação de tudo ou nada: se em conflito com outras, uma delas perderá sua vigência.

A dificuldade quanto aos princípios é que em um conflito, no caso concreto, a solução sobrevém pela máxima da proporcionalidade (*Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Se dada situação, assim, sofre a atuação de duas normas-princípio, uma delas terá precedência sobre a outra, apenas naquele caso, e atendidas certas condições. Em específica situação concreta, ou seja, dentro de possibilidades fáticas e jurídicas. Vinculado à situação específica, não significa que, em outros casos, em que se apresentem os mesmos princípios, a solução de primazia seja idêntica.

Mas se na colisão de princípios, um tem prioridade sobre o outro, o preterido sofre restrições. A restrição gera a discussão sobre os limites dos direitos fundamentais. Dois enfoques disputam a solução da controvérsia. As teorias externa e interna.

A teoria interna corresponde à ideia de que o limite é intrínseco ao próprio direito (limites imanentes). Assim, o direito contém seu próprio limite, que não é fixado por aspectos externos, como a colisão com outros direitos. Já, para a teoria externa, existem dois objetos separados: o direito e suas restrições. Compreendidos segundo essa teoria, os direitos fundamentais podem encontrar seus limites a partir de aspectos externos, que podem ser: restrições por meio normas-regras e restrições por meio de normas-princípios.

As restrições de primeiro tipo compreendem os casos em que os direitos são limitados através de concretizações por meio de disposições que assumem uma estrutura de regras. Ocorre, sobretudo, por legislação infraconstitucional. Ao contrário do que poderia parecer, *a priori*, se considerarmos a teoria externa, não teríamos aqui uma inconstitucionalidade, a partir da pressuposição de que a restrição se está fundando em outro direito fundamental. As restrições por meio de normas-princípios ocorrem quando um direito fundamental, visto como princípio, encontra limites na colisão com outros. A restrição por regras é materialmente uma restrição por princípios empreendida pelo legislador, que, ao editar a lei, realiza um sopesamento entre dois princípios. O caso que chamamos de restrição por meio de princípios, entretanto, ocorre formalmente pela jurisdição, que, no caso concreto, decide qual dos princípios deve prevalecer. A técnica que utiliza o Estado-juiz para analisar a colisão de direitos fundamentais é chamada a máxima da proporcionalidade (*Der Grundsatz der Verhältnissmassigkeit*).

A máxima da proporcionalidade (*Der Grundsatz der Verhältnissmassigkeit*) é técnica utilizada pelos órgãos jurisdicionais para analisar a restrição de um direito fundamental por uma medida estatal. A lógica dos princípios e sua aplicabilidade lhe está intimamente relacionada. É técnica que decorre da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais e a imprescindibilidade de aplicação para regulação de situações jurídicas concretas. É técnica que se deduz de uma dogmática de princípios que exija uma otimização diante de possibilidades fáticas e jurídicas. Admitindo princípios como normas válidas e, portanto, de aplicação obrigatória, quando antagonicos, a decisão sobre a precedência de um ou outro passa pela escolha das possibilidades fáticas e jurídicas da conjugação de ambos. É operação que se realiza pelo sopesamento e segundo a máxima da proporcionalidade (*Der Grundsatz der Verhältnissmassigkeit*). Como decorre da própria dogmática de princípios,

é de sua essência, dela decorre, não encontrando e não precisando de previsão normativa no texto constitucional.

A máxima da proporcionalidade, por sua vez, exige o enfrentamento das máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras vinculadas às necessidades de otimização diante de possibilidades fáticas e a última de possibilidades jurídicas. O universo e as possibilidades são de certa complexidade quando em pauta mais de dois princípios e diferentes medidas. Mas aceitando a presença de somente dois princípios em colisão para atingir um determinado objetivo de Estado, à guisa de exemplo, pela máxima parcial da adequação, cumpre diante das **possibilidades fáticas** relacionar as medidas que são **adequadas** para atingir determinado fim estatal. Aquelas que se prestam ao desiderato. Identificadas, atende-se a máxima parcial da necessidade àquela medida, entre as adequadas, que **identicamente** atendendo a um princípio que terá preferência na dimensão das circunstâncias fáticas e que menos afete ou não afete o princípio preterido. A decisão, a ser tomada entre as medidas diferentes e que impactam diferentemente entre os princípios, a escolha de um princípio entre dois antagônicos para atingir dado objetivo, é uma questão de possibilidades jurídicas e a própria essência da máxima parcial da proporção em seu sentido estrito. É dedução que se procede a partir da fundamentação das normas de direitos fundamentais compreendidas como princípios. Tida como fundamentação a partir de direitos fundamentais, deles decorrentes, não é única, pois outras lhes disputam uma melhor efetividade, como a firmada no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça (ALEXY, 2008, p. 116-120).

Enquanto princípios, os direitos fundamentais, produzem e impelem efeitos entre os seus titulares em face do poder público e entre aqueles e outros titulares de direitos fundamentais. A colisão de direitos fundamentais habitualmente é decorrente do seu exercício por diferentes titulares (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 178). Entretanto, quando há particulares envolvidos, a solução é mais complexa. Os particulares apresentam-se nas relações jurídicas como titulares de direitos e o Estado, regulador, não como parte na relação jurídica, mas seu destinatário (SILVA, V., 2014, p. 53).

Os direitos fundamentais dispõem de **eficácia vertical** quando em face de relações jurídicas entre os indivíduos e o poder público. É

a expressão da autonomia do titular de direito ante o próprio Estado. A estas relações jurídicas, somam-se aquelas que ocorrem entre particulares, dotadas de **eficácia horizontal**. Duas teorias disputam a solução dogmática de conflitos desta natureza. A primeira, a **teoria da eficácia mediata ou eficácia indireta**, formulada inicialmente por Günther Dürig, apresenta um núcleo duro, composto pelas seguintes proposições (STEINMETZ, Wilson, apud SILVA, V., 2014, p. 75-76): a) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio de normas e parâmetros de interpretação do direito privado; b) a eficácia de direitos fundamentais nas relações particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo momento; c) ao legislador cabe o desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações específicas que os delimitam (condições de exercício e alcance); d) à jurisdição cabe, no caso concreto, dar eficácia aos direitos fundamentais pela interpretação e aplicação das normas de direito privado. Logo, as normas de direitos fundamentais, nas relações entre particulares, incidem não como direitos subjetivos, mas como normas objetivas de princípio.

Firma-se no princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade individual e na recusa a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Sua incidência e concretização sobre as relações ocorre por filtros: as cláusulas gerais do direito civil, porta de entrada dos princípios constitucionais no direito privado (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 187). É modelo alicerçado na liberdade, conferida aos indivíduos pelo *caput* do art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), que obstaculiza efeitos absolutos dos direitos fundamentais em relações privadas e a imersão total e nulificação do direito privado pela cogência do direito público (constitucional). Restaria garantida, assim a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do direito privado (SILVA, V., 2014, p. 75).

A **teoria da eficácia imediata**, de outra forma, compreende que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis direta ou imediatamente às relações jurídicas entre particulares. O alcance desses direitos não depende das regulações legislativas de direito privado, nem de sua interpretação e aplicação pela jurisdição, incidindo diretamente. Os direitos fundamentais incidem nas relações privadas da mesma forma que o fazem nas relações jurídicas contra e em face do Estado.

O órgão julgador, no caso, sopesaria no caso concreto as possibilidades fáticas e jurídicas da aplicação de direitos fundamentais colidentes (SILVA, V., 2014, p. 91). Se nas relações contratuais a solução conflitiva de direitos é facilmente solucionada pelo direito legislado, a mesma segurança e efetividade não aparecem nas relações não contratuais, quando interesses opostos se chocam pela confluência de dois direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Entretanto, enfrenta-se uma problemática diversa quando a situação de colisão entre direitos fundamentais não envolve uma situação contratual. É o que ocorre habitualmente com os casos de conflito entre o direito à intimidade e o direito à informação, em que os envolvidos não estão ligados por um contrato, mas por interesses opostos que se chocam devido ao exercício legítimo de dois direitos constitucionalmente garantidos.

No cerne da publicação de biografias não autorizadas, tema aqui tratado, confluem o direito à intimidade do biografado e o direito à informação de todos os leitores. Em situações desse jaez, geralmente, a colisão se estabelece não entre o Estado e os titulares de direito, mas entre os próprios titulares de direitos em rota de choque (direitos de particulares). Se os particulares também podem representar uma ameaça aos direitos fundamentais, é necessário, para a tutela e garantia da liberdade, a incidência dos referidos direitos em relações privadas e, para tanto, a solução estatal se opera por meio do Estado-juiz.

Uma questão em aberto, ou que deve ser aberta, é se a solução oferecida pelo Poder Judiciário no julgamento do conflito de direitos fundamentais (sobre a forma de princípios) é se a escolha oferecida judicialmente, ao menos tecnicamente, atendeu ao melhor de uma dogmática exigida para coexistência de ambos os direitos. A razão é uma só: o legislador, aparentemente, havia tomado uma decisão no que se refere a esta colisão, em especial com os artigos 20 e 21 do Código Civil.

4 O TRATAMENTO DO DIREITO À MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A INFORMAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sob a égide da Constituição promulgada em 1988, o Supremo Tribunal Federal, quando chamado a exercer o seu papel jurisdicional, tem confiado uma importância especial ao direito à manifestação do pensamento e ao direito de informação. O histórico de censuras (limitação à liberdade

de expressão e direito de informação) na organização constitucional brasileira, fruto de um regime democrático que se erigiu tardiamente e historicamente com diferentes entraves e dificuldades, provocou em contrapartida uma repulsa a qualquer intervenção que coíba, dificulte ou obstaculize a liberdade de expressão, a manifestação do pensamento e o direito de informação. A liberdade de expressão, a manifestação do pensamento, o direito de informação e a liberdade de imprensa são garantias à livre circulação de ideias, ao sistema plural e, logo, ao regime democrático de liberdades.

Esta construção fez-se entre nós por meio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Construiu-se longe e em muitos casos contrariamente à produção legislativa, que não raro estabelecia restrição à manifestação do pensamento e à divulgação de ideias. São vários os julgados. Um dos mais importantes, senão o primeiro a tratar entre nós da colisão de direitos fundamentais e da solução jurisprudencial para o conflito, foi o caso *Ellwanger* e decidido em um *Habeas Corpus*. O paciente, no caso, era um empresário e editor gaúcho. Ficou conhecido por defender nos livros que escrevia e publicava um revisionismo histórico que negava a solução final e o holocausto. Em razão das publicações, sofreu mais de uma ação penal e condenação. Em uma delas, por meio de um *Habeas Corpus*, levou a questão para o conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Condenado por racismo, sustentava que os judeus não eram raça, mas etnia e, por esse motivo, o crime não se configurara. Para a solução da controvérsia o Supremo Tribunal Federal enfrentou não somente a questão do sentido de etnia e raça, como ainda, a liberdade de expressão e manifestação do pensamento. A despeito de neste momento a corte apontar que o direito não era absoluto, a manifestação do pensamento assomava o plenário e ocupava os julgadores da tarefa de traçar os seus limites. Elucidativo é parte da Ementa do Julgado:

[...] Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal** (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte)”(grifo nosso) (STF – HC 82424/RS – j. 17.09.2003 – DJ 19.03.204 – v. por maioria – rel. Maurício Correa).

Se o direito à informação se anunciava neste julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal, mormente porque promovera o sopesamento de direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento iriam se consagrar no julgamento da recepção da Lei de Imprensa. O julgamento aconteceu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental quando se teve a oportunidade de se debater a amplitude do direito de reposta estabelecido no artigo 5º, inciso VI da CF. Nos termos do julgado, mais uma vez se defrontou o direito de liberdade de expressão e manifestação do pensamento (informação) por meio da imprensa e o bloco correspondente ao direito à intimidade, vida privada, honra e imagem (direitos de personalidade). Em linhas gerais o julgado estabeleceu algumas premissas: a) a reafirmação da “mútua causalidade” entre liberdade de imprensa e Democracia, inerência entre pensamento crítico e liberdade de imprensa e espaço natural para formação da opinião pública; b) a liberdade de imprensa, dentro da comunicação social, como uma das facetas do direito de informação e a liberdade de expressão; c) as liberdades de imprensa são direitos de personalidade que se qualificam como sobre direitos, o que os fazem de mútua exclusão em relação aos direitos de intimidade, vida privada, imagem e honra; d) a preferência e precedência que somente *a posteriori* possibilita o direito de reposta e a indenização pelo dano material e moral experimentado; e) regime de consequências *a posteriori* que atende aos preceitos de prevenção e repressão aos danos aos direitos de intimidade, privacidade, honra e imagem; f) regime da lei de Imprensa, firmada sob a égide de regime outro e com princípios diversos, a justificar sua não recepção em bloco pela CF (STF - ADPF 130/DF – j. 30.04.209 – DJ 07.11.208 – maioria de votos – rel. Min. Carlos Brito).

O Supremo Tribunal Federal, **a partir de então**, em uma sucessão de julgamentos sempre reafirmou a precedência e a primazia, nos diversos casos concretos, do princípio da manifestação do pensamento, da liberdade de expressão e do direito de informação. Digno de nota é a compreensão do Ministro Roberto Barroso sobre os requisitos para o seu exercício legítimo:

[...] Os conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade são paradigmáticos na doutrina constitucional. Tive a oportunidade de dedicar estudo específico ao tema (Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, tomo III, 2005, p. 79-129), no qual defendi a existência de oito critérios a serem

considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade: (i) veracidade dos fatos; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida no julgamento da ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto...(STF – RCL 18.638/CE – j. 2.05.2018 – DJ 04.05.2018 – decisão monocrática – rel. Min Roberto Barroso)

Neste mesmo sentido: STF - 1ª T - RCL 22.328/RJ - j. 06.03.2018 - DJ 10.05.2018 - v.u. - rel. Min Roberto Barroso.

À exceção do caso Ellwanger, o paradigma da decisão sobre os limites da liberdade de expressão, da manifestação do pensamento e do direito de informação, a jurisprudência se constrói quase que totalmente por uma importância desmedida confiada à liberdade de expressão, sem uma preocupação nos casos concretos em, *a contrario sensu*, construir-se a dimensão do conteúdo essencial do direito à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem. As questões solucionadas pelo STF sequer enfrentam a relação entre si entre direitos fundamentais e particulares: se quando de conflito, a solução dá-se diretamente pelo sopesamento de princípios ou pela exigência de legislação regulamentando o espaço de cada qual (se incidem de forma direta ou indireta)? Decisões são encontradas em ambos os sentidos.

Quando se considera a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, os casos envolvem, em sua maioria, relações de subordinação em que um dos polos do conflito detém grande poder econômico e decisório. Nesses casos, o STF tende a decidir que a aplicação direta do direito fundamental é a solução que mais realiza o princípio da dignidade da pessoa humana (STF - 2ª T - RE 158.215/RS - j. 30.04.1996 - DJ 07.06.1996 - v.u. – rel. Min. Marco Aurélio). Apesar desta tendência, o tema não é pacífico entre os próprios ministros da Corte, pois predomina a teoria dos efeitos mediatos. A Suprema Corte reiteradamente e frequentemente utiliza-se das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados para interpretar a legislação infraconstitucional aplicável ao conflito entre particulares de acordo com a Constituição.

Embora nas relações privadas extracontratuais não seja difícil encontrar as denominadas “portas de entrada” para os direitos fundamentais, mesmo em casos tais, a sua incidência ocorre de forma indireta. Uma solução para alguns inadequada, pois não enfrenta variáveis necessárias e **concretas** (possibilidades jurídicas e fáticas) do que real conflito em desate. O STF soluciona as questões de conflito de direitos fundamentais entre particulares por meio de um regime geral (generalização de situações). A inadequação não se apresenta quanto ao conteúdo da decisão, mas à sua fundamentação que não enfrenta e não supera os dilemas trazidos pelo caso concreto (SILVA, V., 2014, p 94). Somente uma técnica de enfrentamento e foco no caso concreto impede que se confira, *a priori*, primazia absoluta a um ou a outro princípio. Na ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais ambos devem ser aplicados, mas um deles deve sofrer atenuação para a consagração da dignidade da pessoa humana. Em caso ruidoso e de repercussão, ocorrido nas barras do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), o caso Lebach, o direito à informação não foi comprometido e houve a divulgação de informações pertinentes a fatos criminosos, sujeitando-se às restrições emanadas do direito à intimidade (MENDES, 1994, p. 296)³. Todo este debate traz algumas questões: o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem está realmente protegido exclusivamente com uma disciplina genérica que coíba os excessos pela reparação civil e o direito de resposta (*a posteriori*)? Não será o embate de dois direitos fundamentais no caso concreto, *vis-a-vis*, sujeito aos tribunais, que possibilitará a decisão mais adequada? Parece que, em paradigma já retratado acima, houve alguns enunciados em que se acenam para uma disciplina que possibilita no caso concreto uma restrição à liberdade de expressão em situações que não seja possível uma recomposição *a posteriori* do dano acarretado. Refere-se

³ O caso Lebach de 5 de junho de 1973, relacionado à história do “assassinato de soldados de Lebach”, foi enfrentado pelo Corte Constitucional Alemã. Uma rede de televisão alemã produziu um documentário sobre um crime de grande repercussão na Alemanha. Um grupo de jovens, três, planejaram e organizaram o roubo de armas para com a venda obterem dinheiro para comprar um veleiro. Durante o crime, quatro soldados foram assassinados. Durante as investigações dois foram considerados responsáveis diretamente pelo evento criminoso e um terceiro foi condenado a uma pena menor por participação. O calor das investigações produziu clamor social e a publicação de um livro mesmo durante o inquérito. Quando já cumprira 2/3 da pena, o partícipe vira-se envolvido no documentário, dividido em duas partes, durante o qual o seu nome é pronunciado e mencionado por várias vezes. Contra a menção o querelante se insurgiu. O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) decidiu que a divulgação da notícia era ilegítima se apta a provocar danos ao retratado (Deutschland. Verfassungsgericht. Lebach - BVerfGE 35, 202. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html#Opinion>. Capturado: 20/10/2019).

ao voto do Ministro Roberto Barroso na Reclamação 18.638/CE (STF - RCL 18.638/CE - j. 2.05.2018 - DJ 04.05.2018 - decisão monocrática - rel. Min Roberto Barroso).

5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.815/DF: AS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF, cujo requerente foi a Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), foi ajuizada em 05/07/2012. Tinha por objeto a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil. A petição inicial insistia que a interpretação vigente dos dispositivos proibia a divulgação de obras bibliográficas e audiovisuais, afinal, exigia-se o prévio consentimento do biografado, de pessoas coadjuvantes ou de seus familiares quando falecidos. Buscava-se interpretação conforme à Constituição aos dispositivos, em prol do direito à informação e da liberdade de expressão e da proibição à censura, todos princípios basilares estatuidos na Constituição e requisitos essenciais à existência de um Estado Democrático de Direito. A Advocacia Geral da União se manifestou pela improcedência da ação. Segundo seu arrazoado, raramente um ensaio biográfico deixa de resvalar a intimidade do personagem sob análise, devido à comoção e à curiosidade pública que esses detalhes instigam e com evidente retorno financeiro ao autor. Logo, cabe apenas ao titular do direito confessar e divulgar fatos atinentes à sua intimidade, por ser a pessoa mais apta a ponderar a veracidade das informações e se essas têm, de fato, relevância social (BRASIL, 2015). Em suas informações, o Senado Federal manifestou-se pela improcedência da ação: a Constituição Federal e o ordenamento jurídico não admitem a exploração comercial ou não autorizada da imagem das pessoas que contenham potencial ofensivo (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, em 10 de junho de 2015, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado para, sem redução de texto, dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, reconhecendo e afirmando ser “[...] inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes [...]” (BRASIL, 2015). A ministra Rosa Weber, em seu voto, esclareceu que o núcleo essencial, e, portanto,

irredutível do direito à informação é o direito de informar e ser informado, o que envolve também o direito de emitir opiniões (BRASIL, 2015). A preocupação esteve na identificação e na superlativização da liberdade de expressão, da manifestação do pensamento e do direito de informação.

Nos termos do que foi apresentado até aqui, a decisão proferida esteve longe de ser adequada e deixou diversas questões sem solução. É necessária a determinação do núcleo essencial do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem para que algumas restrições desproporcionais não esvaziem o direito conflitado. Nenhum dos votos que confluíram para o julgamento enfrentou a questão. Não era tarefa impossível, pois a doutrina oferece balizas. Não é despropositado observar que o núcleo essencial do direito à intimidade compreende aspectos, fatos, ocorrências ou situações específicas, que de acordo com os valores sociais vigentes interessa manter sob reserva. Embora o conceito pareça amplo, condiz com a própria definição de intimidade, com conteúdo mutável de acordo com o contexto histórico e social. O seu sacrifício apenas na exata medida da necessidade e se o interesse justificante não puder ser realizado de forma menos grave (SILVA, E., 1998, p. 66-67).

O direito à informação se veicula a um duplo direito: o dos veículos públicos de informar e o do público de ser informado. O parâmetro para se medir se é possível a limitação do direito à informação é a real utilidade da informação, que se difere da curiosidade. É necessário sopesar o grau de utilidade da informação e o sofrimento da pessoa atingida pela publicação daquela, além de indagar se o interesse geral justifica o sofrimento causado ao indivíduo pela divulgação dos fatos (SILVA, E., 1998, p. 68), pois caso não, estar-se-ia atingindo diretamente a dignidade da pessoa humana.

Não só a real utilidade da informação ao público, mas também a veracidade e a licitude da fonte que devem ser analisadas para que se possa justificar a restrição ao direito à intimidade. Inclusive esta tem sido a tese levantada pelo ministro Luís Roberto Barroso em obra doutrinária veiculada antes de ascender à Corte, segundo a qual as únicas hipóteses em que o Judiciário deve intervir na restrição de informações acontece quando são obtidas por meio ilícitos e no caso de informações mentirosas (BRASIL, 2015). São requisitos (utilidade, licitude e veracidade), contudo, que não são de fácil apuração, e quando se possibilita a publicação desenfreada de biografias, não se está levando em consideração se no caso concreto estão presentes esses requisitos justificadores.

É inegável que a Constituição Federal de 1988 garante o direito de informar ao biógrafo, que inclui o direito de expressar suas opiniões e o direito do público de ser informado. Mas a existência digna do ser humano pressupõe a prerrogativa de reservar para si uma esfera intangível pelos seus semelhantes. A censura é antijurídica, mas as informações não podem suplantar os limites éticos do informar. Isso ocorre pois embora a liberdade impere como regra nas relações entre os indivíduos, a dignidade da pessoa humana atua como limite e garantia contra excessos eventualmente praticados (ANDRADE, 2006, p. 273), impondo-se a observação de critérios que permitam avaliar a relevância, veracidade e licitude da fonte antes da divulgação. Quando isto acontece, não se configura censura prévia, mas meio indispensável à preservação do direito à intimidade, a que a responsabilização dos autores em um momento seguinte, por si somente, não garante uma solução adequada.

A exposição incontrolada, não escolhida pelo titular do direito, viola diretamente o mínimo essencial de autodeterminação individual. A mera exposição é agente de dano irreparável ao psicológico dos envolvidos. Dano esse que não pode ser contornado, e muito menos reparado, por mera responsabilização civil. Por óbvio, não se sugere a proibição absoluta de qualquer informação. Mas a divulgação de informações íntimas com critério. A generalização empreendida com o julgamento da ADI nº 4.815/DF promoveu um esvaziamento de um direito, violando seu núcleo essencial ao generalizar a desnecessidade de autorização para publicação de fatos íntimos acerca da vida alheia em todos os casos de publicação de biografias.

Deixou-se no julgado de explorar as possibilidades jurídicas de conciliar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem com o Princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor moral e princípio constitucional de indigitados direitos. Em termos axiológicos, esse representa um espaço de integridade moral a ser assegurado a todos pelo simples fato de existirem; representa um mínimo existencial, abaixo do qual não há que se falar em dignidade, mas em mera existência; representa um conjunto de valores civilizatórios, associados aos direitos fundamentais, abrangendo direitos individuais, políticos e sociais (BARROSO, 2001, p. 50). A inserção desse princípio na Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil atrela-se a ideia que aquele deve condicionar os demais princípios constitucionais e traçar limites à atuação estatal, inclusive ao aplicador e intérprete do direito e à sociedade como um todo (SCHRAMM, 2010, p. 168).

O condicionamento dos direitos fundamentais liga-se à ideia de que é a observância e o respeito a tais direitos que garantem a realização da dignidade da pessoa humana. Tal observância é essencial, se o que se almeja é a realização desta enquanto valor supremo no plano fático. Ela é, assim o parâmetro da ponderação em caso de conflito entre direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 15). Parece que a decisão proferida na ADI nº 4.815, ao se focar e escandir o núcleo essencial do direito à informação, feriu o elemento ontológico da dignidade, segundo o qual toda pessoa é um fim em si mesmo. A generalização colocou em segundo plano o ser humano, centro irradiador de dignidade e que não pode ser equalizado. Ao se permitir a publicação de toda e qualquer biografia sem a necessidade de um controle prévio, feriu-se a dignidade da pessoa humana em seu valor absoluto, bem como o imperativo categórico segundo o qual todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia e nem para ser funcionalizado em projetos de terceiros (KANT, 2004, p. 68). A mera possibilidade de intervenção *a posteriori* do Judiciário para reparar eventual dano pela publicação da biografia não garante o respeito ao núcleo essencial do direito à intimidade, pois já resta violado em sua base, completamente esvaziado.

Perdeu-se a oportunidade de, diante do caso, possibilitar uma melhor construção dos contornos e núcleo essencial do direito à intimidade, à privacidade, à dignidade e a honra. Construção que se faria pela interpretação que possibilitasse uma avaliação judicial, que se fizesse caso a caso, diante do confronto de direitos fundamentais que se erigisse futuramente e possibilitasse a análise dos requisitos essenciais para a divulgação de informações íntimas: utilidade pública, veracidade das informações, licitude da fonte, resguardo ótimo do direito à informação e do direito à intimidade.

CONCLUSÃO

A consideração do indivíduo enquanto sujeito de direitos e titular de dignidade é essencial para impulsionar a evolução gradativa da tutela dos direitos fundamentais e para a concretização da dignidade da pessoa humana. É o reconhecimento de que o indivíduo não é mero sujeito de direito, mas possui uma essência irrenunciável, que permite a evolução e o livre desenvolvimento da personalidade. Nessa seara, o reconhecimento e a garantia do direito à intimidade são essenciais.

O julgamento da ADI nº 4.815/DF trouxe o conflito entre direito à intimidade e direito à informação, mas, para sua resolução, diversas outras variáveis foram levadas em consideração. As biografias contêm inegável valor cultural, social e político, e contribuem para a própria formação histórica do país. Entretanto, para a sua elaboração, é indispensável a investigação e interpretação de aspectos íntimos, privados e públicos da pessoa retratada e de coadjuvantes.

Permitir a exposição desenfreada de aspectos íntimos em biografias é ferir diretamente o núcleo essencial do direito à intimidade e a própria dignidade da pessoa humana, por não considerar o indivíduo como um fim em si mesmo, mas utilizá-lo como meio para a realização de projetos alheios, no caso, a elaboração de biografias. Produz o seu completo esvaziamento. Longe de travejar o conflito entre os dois princípios no caso tratado, contribuir para a construção de uma dogmática adequada de conflito de direitos fundamentais entre particulares, o julgado preferiu generalizar, tabular, a primazia da liberdade de expressão, o direito à manifestação do pensamento, o direito à informação para todos os casos futuros. Distorceu-se, ou se construiu de forma inadequada, a ponderação de direitos fundamentais em conflito, pois é técnica que tem como premissa a análise casuística dos elementos fáticos e jurídicos que conflitam, de forma que ao final da operação, nenhum deles sai completamente esvaziado. É tarefa que se espera, seja efetivada em outra oportunidade e, quiçá, em julgado futuro. Propõe-se com este manter o debate aceso para que se otimize esta construção perene de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: entre “a ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Número 17 – janeiro/fevereiro/março de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, L. R. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ.** Rio de Janeiro: jan/jun de 2012, v. 2, n. 21. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 15 nov. 2012.

BARROSO, L. R. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa.** Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

BARROSO, L. R.. **Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Quaestio Iuris.** Rio de Janeiro, 2006. v. 2, n. 1. pp. 1-48.

BARROSO, L. R. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro – pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional,** Curitiba, 2001. v. 1. n. 1. p. 15-60.

BERCOVICI, G. Constituição e Política: um relação difícil. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política – CEDEC,** n 61, 2003, p 9-24.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Planalto,** Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Planalto**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Planalto**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Planalto**, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. **Planalto**, Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.077. **Planalto**, Brasília, 26 jan. 1970. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De11077.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.452/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 12 mai 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696321/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>. Acesso em: 23 ago. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 01 Mai 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757374/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3112-df?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 21 mai 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757372/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2024-df>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 18.638/CE – Ceará. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 17 Set 2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25272525/medida-cautelar-na-reclamacao-rcl-18638-ce-stf>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 22.238/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 20 Nov 2015. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310853758/medida-cautelar-na-reclamacao-mc-rcl-22328-rj-rio-de-janeiro-0007915-8920151000000>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 638.360/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 Dez 2015. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310955660/recurso-extraordinario-re-638360-rj-rio-de-janeiro>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Inquérito nº 3.922/CE - Ceará. Relator: Ministro Dias Toffoli. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 Dez 2015. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310985975/agreg-no-inquerito-agr-inq-3922-ce-ceara-9999835-9720141000000?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 out. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CONSTANT, B. **Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos**. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

FARIAS, E. P. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FILHO, J. T. C. **Teoria geral dos direitos fundamentais.**

Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 12 ago. 2016.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direitos humanos fundamentais.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, M. G. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 2, n. 1, 2010, p.101-118.

GIANOTTI, E. **A tutela constitucional da intimidade.** São Paulo: USP, 1983. Dissertação -Mestrado em Direito- Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983.

GENTILLI, V. **Democracia de massas: jornalismo e cidadania: estudo sobre as sociedades contemporâneas e o direito à informação.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

GRINOVER, A. P. **Liberdades públicas e processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1976.

HARTMANN, I. A. Livres no estrangeiro, censuradas no Brasil: uma perspectiva do direito comparado da liberdade de expressão e biografias. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 14, n. 14, jul-dez 2013. p. 444-457.

JÚNIOR, P. J. C. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2004.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAURNO, J. G. P. A privacidade como direito da personalidade e suas primeiras formas de tutela. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 21. v. 85. Out-dez 2013. p. 119-162.

MENDES, G. F. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e de direito à honra e à imagem. **Revista de Informações Legislativa**. Brasília, n. 122, ano 31, mai.- jul./1994. p. 297-301.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NIPPERDEY, H. C. Livre desenvolvimento da personalidade. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, Luís Afonso. (Org./revisor). **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012, p. 71-90.

RADDATZ, V. L. S. Direito à informação para o exercício da cidadania. **Revista Científica de Direitos Culturais – RDC**. v. 9, n. 19. Set-dez 2014. p. 108-117.

REIS, J. E. A. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. **Veredas do Direito**. v. 10, n. 20. Jul-dez 2013. p. 289-314.

SAMPAIO, J. A. L. Comentário ao artigo 5º, inciso X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHRAMM, J. P. M. S. A dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a experiência ética e a sua concretização através das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 72, ano 18, jul.-set./2010. p. 151-190.

SILVA, E. F. **Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, J. A. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, abr/jun 1998. p. 89-94.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STERN, K. **Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha.** Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987.

STROPPA, T. **As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE BIOGÁS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

AN ANALYSIS OF THE BIOGAS RULES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Alexandre Walmott Borges *

Marcelo Caetano Melo **

Loyana Christian de Lima Tomaz ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 A contextualização da matéria: a abordagem sobre a produção normativa para o biogás. 2 A contextualização do problema das normas sobre o biogás: detalhamento das normas existentes. 3 As possibilidades do legislador produzir normas sobre biogás: definição de competências e margem discricionária. 4 Lacunas ideológicas sobre o assunto biogás. 5 Uma metodologia para a redação da lei do biogás. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo aborda a possibilidade de produção de norma reguladora das matérias sobre biogás. Os objetivos do texto são os de descrição das normas positivadas sobre a matéria e a análise das incompletudes das normas atualmente vigentes. A redação realizou-se com uma contextualização conceitual inicial, tanto do conceito de biogás, como das teorias sobre incompletude de regulação, seguida de descrição das normas legisladas que abordam o assunto. Os materiais utilizados para a redação foram o referencial bibliográfico, materiais disponíveis em meio eletrônico e os documentos que são as normas legisladas. Os resultados esperados com a pesquisa eram os de que havia incompletude da regulação carecendo de norma específica sobre o assunto. Na conclusão, apontaram-se as lacunas existentes na legislação vigente e a propriedade de se elaborar norma própria e específica para a matéria.

Palavras-chave: Biogás. Política do direito. Normas para o biogás.

ABSTRACT: *The article discusses the possibility of production of the regulatory norm on biogas. The objectives of the article are to shape a description of the norms on the matter of biogas and the analysis of the incompleteness, or gaps of the legal system. The essay was carried out with a conceptual contextualization of both the concept of biogas and the theories about law gaps, followed by a description of the legislation that address to the subject. The materials used for the writing were the bibliographical reference, materials available in electronic media and the legislation. The results expected with the research were that there was incompleteness of regulation, and a gap of a specific norm on the subject. In conclusion, there were incompleteness in the existing legislation and the need for developing its own and specific norm for the matter.*

Keywords: *Biogas. Law policy. Rules for biogas.*

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e em História pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Professor da Universidade Federal de Uberlândia – UFU. E-mail: walmott@gmail.com.

** Mestre em Biocombustíveis (UFU-UFVJM). Doutorando em Biocombustíveis (UFU-UFVJM). Pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC.

*** Mestre em Filosofia (UFU). Doutoranda em biocombustíveis (UFU-UFVJM). Professora do Curso de Direito da UEMG-Unidade Frutal. Pesquisadora do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC.

Artigo recebido em 08/11/2019 e aceito em 11/11/2019.

Como citar: BORGES, Alexandre Walmott; MELO, Marcelo Caetano; TOMAZ, Loyana Christian de Lima. Uma análise da necessidade de produção de normas específicas sobre biogás no ordenamento brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 311-330. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresentará a discussão sobre a pertinência, a oportunidade e a conveniência de edição de norma específica no direito brasileiro sobre o uso, comercialização, produção, entre tantos aspectos, da produção de biogás. Haverá ao longo do texto o incremento das discussões sobre o uso desta fonte de energia que virá acompanhada de área de regulação compartilhada com outros assuntos como concessões de serviços públicos, políticas ambientais, e de resíduos sólidos, de saneamento, entre tantas e tantos. Na linha do artigo, a necessidade de regulação advirá do incremento do uso desta fonte (tanto potencial como efetivo). Neste momento o estado das normas positivadas no sistema brasileiro, sobre o assunto biogás, ainda é incompleto, lacunoso, longe do ideal de regulação que a matéria merece.

1 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA MATÉRIA: A ABORDAGEM SOBRE A PRODUÇÃO NORMATIVA PARA O BIOGÁS

A possível ideia do que seja o biogás, ou o conjunto de ideias que compreende o biogás é dada pelas ciências físico-naturais (HASSAN e KALAM, 2013) (MICHAEL, STEFFI e PETER, 2011). No sítio eletrônico ‘energia inteligente’, da UFJF, eis a conceituação:

O biogás é um biocombustível proveniente de materiais orgânicos (biomassa) e, portanto, é uma fonte alternativa de energia (energia renovável ou limpa), que substitui o uso de combustíveis fósseis. Ele é produzido através da fermentação anaeróbica (na ausência de oxigênio) de bactérias presentes na biomassa. (UFJF, 2018).⁷

⁷ Biogas is the gaseous emissions from anaerobic degradation of organic matter (from plants or animals) by a consortium of bacteria. Biogas is principally a mixture of methane (CH₄) and carbon dioxide (CO₂) along with other trace gases. Methane gas, the primary component of natural gas (98%), makes up 55-90% by volume of biogas, depending on the source of organic matter and conditions of degradation. Biogas is produced in all natural environments that have low levels of oxygen (O₂) and have degradable organic matter present. These natural sources of biogas include: aquatic sediments, wet soils, buried organic matter, animal and insect digestive tracts, and in the core of some trees. Man's activities create additional sources including landfills, waste lagoons, and waste storage structures. Atmospheric emissions of biogas from natural and man-made sources contribute to climate change due to methane's potent greenhouse gas properties. Biogas technology permits the recovery of biogas from anaerobic digestion of organic matter using sealed vessels, and makes the biogas available for use as fuel for direct heating, electrical generation or mechanical power and other uses. Biogas is often made from wastes but can be made from biomass energy feedstocks as well.

Recuperando as ideias do primeiro parágrafo, considerando que o biogás é um conceito haurido das ciências físico-naturais, há um trajeto para a sua incorporação ao mundo das normas e do direito legislado. Aproveitando-se das expressões da linguística, dir-se-á que há um trajeto onomasiológico-semasiológico do termo biogás para a incorporação ao universo do texto de normas vigentes.¹ Observando de outra maneira, pode-se dizer que a incorporação da expressão biogás ao texto do direito legislado é ocorrência recente. Esta incorporação recente decorre do fato de que somente agora ocorre o uso vigoroso desta fonte. 2 Finalmente, de outra perspectiva, o biogás tem uma conceituação extrajurídica, que se pode chamar inicial ou de origem, e que agora passará a ser progressivamente objeto de incorporação pelo mundo do direito legislado.

Em continuidade à argumentação dos primeiros parágrafos, neste artigo colocam-se como problematização/ões os seguintes pontos: (1) se já houve a produção de normas sobre o assunto biogás, no ordenamento brasileiro, ou, ao contrário, (2) há a necessidade de produção de normas sobre o assunto, no ordenamento brasileiro? Na etapa de pesquisa exploratória deste artigo foi possível detectar que há normas regulando o assunto biogás. O ponto de interesse de problematização é se tais normas são suficientes à regulação da matéria e se há a necessidade de sistematização

¹ Conforme nos posicionamos do ponto de vista do *enunciador* (emissor) ou do *interpretante* (receptor), temos, respectivamente, o *percurso onomasiológico*, que vai da intenção de dizer ao enunciado, e o *percurso semasiológico*, que vai do enunciado à sua interpretação. Pottier (p.16) apresenta esquematicamente o percurso onomasiológico como segue: O enunciador tem como ponto de partida o mundo referencial (R). Quando tem a intenção de dizer (*querer dizer*), começa a conceptualizar sua intenção (Co). Essa conceptualização deve, então, ser expressa em signos, em um processo de semiotização, que se realiza pelos meios fornecidos por um sistema semiótico. Em nosso caso, o sistema semiótico utilizado pelo enunciador é uma língua natural (LN). Para Pottier, as *virtualidades da língua* correspondem ao sistema semiótico da língua e aos «mecanismos de enunciação que permitem as realizações discursivas». A passagem da conceptualização à semiotização se faz através do que Pottier chama de *fenômenos de designação*, isto é, fenômenos pelos quais se estabelecem as relações entre o mundo referencial e os sistemas das línguas naturais. A enunciação é, portanto, a passagem das virtualidades da língua aos discursos realizados portadores de significação e se dá por meio do que o autor chama de *fenômenos de significação*, ou melhor, os fenômenos pelos quais “os significados da língua se tornam significações em discurso”. Conseqüentemente, é muito importante, segundo Pottier, fazer também uma distinção entre os modelos frásticos em língua, que contêm significados em potencial, e os discursos realizados, que, ao contrário, são portadores de significação. O *percurso semasiológico* é o do interpretante e acontece no sentido contrário ao do enunciador. Parte do discurso realizado (texto oral ou escrito) para chegar à compreensão. Vejamos o esquema correspondente ao percurso semasiológico’. (BABINI, 2006).

² Somente nos anos 2000 há o interesse vigoroso na utilização do biogás. Antes a utilização ficou restrita aos produtores agropecuários e aos experimentos isolados. (BGS, [s.d.]).

da matéria legislada (com a edição de norma própria e exclusiva sobre o assunto biogás). A hipótese do trabalho é a de que o atual conjunto de normas vigentes não é o ideal à regulação da matéria. Há a necessidade de edição de norma com regulação específica para o assunto. Esta norma específica deve englobar os objetivos, conteúdos e regulação próprios e adequados ao assunto.

Para enfrentar a temática parte-se de perspectiva crítica de política legislativa e da satisfação e completude da regulação do sistema normativo vigente. A abordagem proposta será verificadora da regulação existente e vigente, apurando se é capaz de atender às necessidades regulatórias, ou não, do assunto biogás. Portanto, uma parte do texto será a de avaliação do caráter satisfatório, ou não, da regulação existente. A base teórica utilizada é aquela sobre completude do sistema jurídico, e sobre as possibilidades de desenvolvimento e integração do sistema jurídico. Este referencial teórico parece adequado e capaz de apresentar os pontos de partida para a apreciação que se propõe neste e nos parágrafos anteriores.

A base conceitual sobre a completude do sistema de normas menciona as situações conhecidas como lacunas ideológicas, ou também chamadas lacunas impróprias. As lacunas ideológicas dão-se por verificação de como seria a regulação ideal para dada situação e aquela existente ou vigente (BOBBIO, 1995). Assim, poder-se-á comparar a idealização do sistema com o sistema vigente. No caso do presente artigo, apontar-se-ão o que se consideram as pautas e os conteúdos ideias a serem contidos nas normas sobre biogás, e aquilo efetivamente vigente no sistema de normas positivadas no direito brasileiro. (FREITAS, 1995) (VIÑAS, 2013) (ROSS, 2000) (AQUINO, 2012)

Com a terminologia de outra base teórica sobre lacunas, esta outra base abordando o desenvolvimento e a integração do direito, constata-se que no sistema jurídico há áreas ou assuntos regulados, mas há questões ou assuntos subjacentes a esta área ou assunto regulado que mereceriam tratamento regulador e não as têm. Esta situação é chamada de situação de lacunas de regulação (LARENZ, 1997). Esta teoria das lacunas de regulação é especialmente importante pois é fato que existem normas paralelas, de tratamento incidental ou marginal do assunto biogás, no sistema jurídico brasileiro, mas não há regulação própria e específica do assunto biogás.

Em continuidade aos referenciais teóricos do parágrafo acima, é possível também se estabelecer o que se chama juízo crítico externo ao sistema. A abordagem crítica das lacunas de regulação, acima vista, faz

a abordagem a partir de uma expectativa de regulação de setor de fatos e relações pelo direito, expondo criticamente os assuntos ou pontos que ele não regulou. Portanto é comparativo ideal no âmbito da lei – legislação. A abordagem crítica externa consistiria na observação de práticas de produção de leis que poderiam idealmente serem seguidas pelo legislador, para a melhor satisfação dos interesses sociais na regulação de determinado assunto (LARENZ, 1997). Neste caso, utilizando esta perspectiva, poder-se-á observar e apontar quais as possibilidades de produção normativa são idealmente interessantes sobre o assunto biogás.

O material básico de observação para a problematização são as várias normas infraconstitucionais sobre a matéria (ou com relação com a matéria).¹ Houve o levantamento documental de legislação sobre o assunto biogás para a demonstração da insuficiência das normas reguladoras sobre o assunto ².

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DAS NORMAS SOBRE O BIOGÁS: DETALHAMENTO DAS NORMAS EXISTENTES

Um dos passos na problematização do artigo é o de contextualização das normas vigentes e positivadas sobre o assunto biogás. Já como uma antecipação à sequência de argumentos de testagem expostos ao longo do texto, pode-se dizer que há normas que tratam do assunto biogás de maneira marginal, ou tomando o assunto biogás como assunto periférico, ou com o assunto biogás como matéria incidental, ou como assunto suplementar. A pesquisa exploratória para a confecção deste trabalho constatou a existência de várias normas sobre o assunto com as características periféricas ou marginais acima descritas. Foram detectadas e analisadas várias normas sobre saneamento, energia, combustíveis, entre tantas. A demonstração pode ser feita pelos itens na sequência:

a) Primeiro, o quadro sintético elaborado a partir da observação de normas vigentes no sistema brasileiro:

¹ Houve a utilização de material complementar que são algumas proposições em tramitação com a prospecção das proposições em tramitação no Senado e na Câmara. O levantamento foi realizado nos sítios eletrônicos do Congresso Nacional. (SENADO FEDERAL, 2019; CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

² As normas de competência da Constituição são materiais secundários já que servem à constatação das prerrogativas e da margem discricionária que dispõe o legislador para produzir normas sobre biocombustíveis.

Descrição da norma	Natureza e/ou conteúdo da norma
<p>LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007. Política Nacional de Saneamento</p>	<p>Na lei das diretrizes nacionais do saneamento básico há disposições sobre o esgotamento sanitário e sobre os resíduos sólidos, de maneira abrangente, e as disposições determinam a correta e a devida destinação de esgotos e resíduos. Há, portanto, a conceituação inicial de materiais que podem ser usados na produção de biogás e a indicação de correta destinação para estes materiais (geração de energia?): [...] esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente; [...] limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; [...] (BRASIL, 2007).</p>
<p>Lei da política nacional de resíduos sólidos. LEI Nº 12.305, DE 2 DE AGOSTO DE 2010</p>	<p>Nesta lei, os resíduos humanos produzidos pelo consumo de água, ou pela produção de resíduos sólidos já encontram a norma com a previsão das situações de fato. Todavia, esta lei trata da prestação dos serviços de saneamento, tanto esgotamento como de resíduos sólidos, sem apresentar uma disciplina específica sobre a destinação para a geração de energia. Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] VII - destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; VIII - disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; IX - geradores de resíduos sólidos: pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo; X - gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano</p>

	de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei; [...] XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada; XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível; [...] Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] XIV - incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos sólidos, incluídos a recuperação e o aproveitamento energético; [...] (BRASIL, 2010).
--	--

b) Além das previsões das políticas nacionais de resíduos sólidos, e de saneamento, a lei do RENOVABIO incluiu as disposições sobre a inserção possível do biogás na política nacional de biocombustíveis³:

A geração de energia por aproveitamento energético pela degradação dos resíduos sólidos (aterros sanitários) pode contribuir para o compromisso de reduzir as emissões de gases causadores do efeito estufa e aumentar para 18% a produção de biocombustíveis na matriz energética. A Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), vai favorecer os combustíveis com menor emissão de CO₂, entre eles o biogás que é produzido pela decomposição do resíduo orgânico. A solução apresentada é valorização do biogás com remuneração extra pelo serviço ambiental, de acordo com o Crédito de Descarboxinação (CBIO), que une as metas

³ Art. 1º Fica instituída a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), parte integrante da política energética nacional de que trata o art. 1º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com os seguintes objetivos: I - contribuir para o atendimento aos compromissos do País no âmbito do Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima; II - contribuir com a adequada relação de eficiência energética e de redução de emissões de gases causadores do efeito estufa na produção, na comercialização e no uso de biocombustíveis, inclusive com mecanismos de avaliação de ciclo de vida; III - promover a adequada expansão da produção e do uso de biocombustíveis na matriz energética nacional, com ênfase na regularidade do abastecimento de combustíveis; e IV - contribuir com previsibilidade para a participação competitiva dos diversos biocombustíveis no mercado nacional de combustíveis. (BRASIL, 2017).

de redução de emissões e a avaliação por ciclo de vida de cada produtor de biocombustível. O CBIO será um ativo financeiro, negociado em bolsa, emitido pelo produtor de biocombustível, a partir da comercialização. Os distribuidores de combustíveis cumprirão a meta ao demonstrar a aquisição destes CBIOs. (BRASIL-MME, 2018).

c) A Lei nº 9.748 que define a política energética nacional também apresenta disposições sobre a utilização de biocombustíveis como fonte de energia. Além desta ideia geral da política nacional, há vários incisos no art. 1º da Lei versando sobre a utilização racional, ambientalmente adequada de combustíveis, e disposições para o fomento de biocombustíveis e energias renováveis. Assim, o biogás também está incluído no rol da política energética nacional (BRASIL, 1997).

d) A agência executora de política, a ANP, tem uma resolução, Resolução nº 08, ano de 2015, tendo por objeto justamente a comercialização de biometano:

Art. 1º Fica estabelecida a especificação do Biometano contida no Regulamento Técnico ANP nº 1/2015, parte integrante desta Resolução.

Parágrafo único. A presente Resolução aplica-se ao Biometano oriundo de produtos e resíduos orgânicos agrossilvopastoris e comerciais destinado ao uso veicular (GNV) e às instalações residenciais e comerciais.

Art. 2º O uso veicular ou em equipamentos residenciais e comerciais de Biometano obtido a partir de resíduos sólidos urbanos ou resíduos de esgotamento sanitário, ainda que atenda a especificação contida no Regulamento Técnico, parte integrante desta Resolução, deve obedecer ao disposto na Resolução ANP nº 685, de 29 de junho de 2017. (BRASIL-ANP, 2015).

Especificamente sobre o biometano, a comercialização foi normatizada de acordo com as grandes linhas do mercado de gás natural – Resolução ANP nº 734:

Da Comercialização de Biometano

Art. 20. O produtor de biometano somente poderá comercializar biometano com:

I - concessionária estadual de gás natural canalizado;

II - distribuidor de Gás Natural Comprimido (GNC) a granel autorizado pela ANP;

III - distribuidor de Gás Natural Liquefeito (GNL) a granel autorizado pela ANP;

IV - comercializador de gás natural registrado pela ANP; ou
V - consumidor final de gás natural, nos termos da legislação
vigente. (ANP, 2018).

Ainda há de se mencionar a Resolução nº 21, de 2016, da ANP, que trata de Combustíveis Experimentais em todo o território nacional. (ANP, 2016).

e) Como o biogás pode ter utilização para a geração de energia, a norma definidora das competências da agência de regulação do mercado de energia elétrica traz disposições que tocam ao biogás. A norma determina a intersecção das políticas de energia elétrica com os órgãos reguladores do mercado de biocombustíveis. (BRASIL, 1996). 4 Mais do que a intersecção, a norma disciplina a prestação do serviço público de energia elétrica que é um – senão o mais importante – atrativo e atividade do biogás (ao lado do uso veicular e de geração térmica). A norma de concessão de serviços públicos de energia elétrica tem regras sobre a geração de energia termoelétrica (que é o provável uso positivamente possível do biogás). (BRASIL, 1995).

f) Além destas normas há um conjunto de disposições ambientais sobre o biogás. Mais especificamente, as normas tratam de aspectos e impactos ambientais das atividades produtoras do biogás. São normas de licenciamento ambiental e de autorizações paralelas ou correlatas ao exercício desta atividade. Há disposições dos órgãos ambientais e dos órgãos ambientais estaduais. Residualmente, há algumas disposições municipais com reflexos no assunto. (FEAM; FIEMG, 2015).

g) Vários Estados da Federação também produziram normas sobre o biogás. As denominações das normas estaduais são variadas, mas contemplam políticas gerais estaduais sobre o biogás, ou sobre o uso de determinados resíduos para a produção de biogás.⁵

O resultado provisório da análise é aquele anunciado no parágrafo de abertura deste tópico. Há várias normas que tratam sobre o/e do biogás, mas tomando o biogás como assunto subjacente (sem a específica regulação), ou o biogás como assunto periférico, ou incidental, ou marginal.

⁴ Art. 3º: [...] VII - articular com o órgão regulador do setor de combustíveis fósseis e gás natural os critérios para fixação dos preços de transporte desses combustíveis, quando destinados à geração de energia elétrica, e para arbitramento de seus valores, nos casos de negociação frustrada entre os agentes envolvidos; [...]. (BRASIL, 1996).

⁵ Estas normas atendem aos aspectos variados da matéria, ora definindo políticas para o biogás a partir de resíduos sólidos, industriais, domésticos, ora urbanos, ora de agricultura e de pecuária, ora no ciclo da agricultura com geração de gás, energia ou fertilizante. Outras vezes com políticas para os esgotos.

3 AS POSSIBILIDADES DO LEGISLADOR PRODUZIR NORMAS SOBRE BIOGÁS: DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E MARGEM DISCRICIONÁRIA

Considerada a insuficiência ou incompletude da regulação sobre o assunto biogás, faz-se neste tópico a demonstração de quais as possibilidades potenciais autorizam o legislador a produzir normas sobre biocombustíveis. É o tópico que faz a demonstração das possibilidades potenciais de regulação, com o objetivo de alcançar o ideal de completude ou suficiência de regulação das normas sobre biogás a partir de uma crítica de política legislativa. Há a indicação das disposições constitucionais de competências administrativas e normativas que podem servir de base à ação legisladora:

Normas constitucionais	Temática ou relação com o biogás
Arts. 20 e 26 da Constituição Federal	Há a disciplina do domínio de águas. Como os rejeitos para a produção de biogás envolvem o uso de água, há intersecção com esta disciplina. Há a necessidade de que a política de biogás, envolvendo os Estados e a União, tenha especial cometimento sobre a utilização de recursos hídricos.
Art. 21	Define a competência da União para os serviços públicos. Têm intersecção com o uso do biogás a competência da União para energia e para a geração de energia, combustíveis. Assim, a exploração dos serviços públicos de energia elétrica são matéria objeto de concessão pela União Federal – art. 21, XII, b.
Art. 176	O art. 176 da Ordem Econômica da constituição, no § 4º: ‘Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida’. Isto abre a margem de permissão para a utilização do biogás em pequena quantidade.
Art. 22	A competência geral da União para a produção de legislação sobre energia é que sugere que o regramento sobre a produção e o uso do biogás será regulado por lei ordinária federal – art. 22, IV. Da mesma forma, considerando-se os usos tradicionais do biogás, e a sua produção, há de pensar no encaixe da disciplina à competência da União na produção de normas sobre o gerenciamento de recursos hídricos

Art. 23	No art. 23, IX, a competência comum na execução e na oferta de serviços de saneamento. Com isto, há o envolvimento da União, Estados e Municípios. A atividade de saneamento é fonte potencial da produção de biogás.
Art. 24	Acessoriamente à produção de normas sobre energia, pode-se pensar nos reflexos que a matéria pode ter com a questão ambiental. Neste aspecto, a competência para produzir normas será encapsulada no leque de competências concorrentes do art. 24 da constituição. As normas sobre a matéria podem ser produzidas concorrentialmente pela União e Estados (normas gerais com a competência da União)
Art. 25	O §2º do artigo dedica os serviços de gás canalizado à competência estadual. O biogás pode ter uso como gás canalizado
Art. 30	A competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como para a prestação de serviços públicos locais. O biogás guarda intersecção com o serviço de esgotos urbanos e também com o recolhimento de resíduos sólidos.

O quadro síntese acima indica normas de competência que dão a margem discricionária ao legislador para a produção de normas sobre o assunto biogás. Foram expostos os conteúdos de intersecção necessária com a matéria para a demonstração da plausibilidade de atividade legisladora sobre o assunto.

4 LACUNAS IDEOLÓGICAS SOBRE O ASSUNTO BIOGÁS

O tratamento da matéria biogás não encontra solução satisfatória nas normas existentes e positivadas no sistema brasileiro. As várias normas existentes sobre o tema biogás não dão o tratamento adequado à ideologia do biogás. 6 Volte-se ao conceito geral do biogás:

Biogas is the gaseous emissions from anaerobic degradation of organic matter (from plants or animals) by a consortium of bacteria. Biogas is principally a mixture of methane (CH₄) and carbon dioxide (CO₂) along with other trace gases. Methane gas, the primary component of natural gas (98%), makes up 55-90% by volume of biogas, depending on the source of organic matter and conditions of degradation. Biogas is

⁶ Ideologia no sentido de mundo de ideias e de conceitos sobre o biogás, próprio ao percurso onomasiológico-semasiológico proposto.

produced in all natural environments that have low levels of oxygen (O₂) and have degradable organic matter present. These natural sources of biogas include: aquatic sediments, wet soils, buried organic matter, animal and insect digestive tracts, and in the core of some trees. Man's activities create additional sources including landfills, waste lagoons, and waste storage structures. Atmospheric emissions of biogas from natural and man-made sources contribute to climate change due to methane's potent greenhouse gas properties. Biogas technology permits the recovery of biogas from anaerobic digestion of organic matter using sealed vessels, and makes the biogas available for use as fuel for direct heating, electrical generation or mechanical power and other uses. Biogas is often made from wastes but can be made from biomass energy feedstocks as well. (WILKIE, 2018).

O que o apanhado de normas exposta no item 2 deste artigo sugere é um tratamento fragmentado do biogás sem a existência de uma norma a tutelar de maneira objetiva todas estas realidades. Podem ser elencados vários aspectos deste problema:

a) Uma boa parte da regulação sobre o biogás é regulação principiológica, carente de um detalhamento em busca de precisão para o caso contemplado. Há normas principiológicas de energias renováveis, de biocombustíveis, de política energética, mas não há uma norma de política de biogás.

b) De maneira inversa ao anterior, há várias normas tratando de biocombustíveis, de energia, de outras matrizes energética que tratam de forma muito particular os aspectos destes outros, mas não o do biogás.

c) A ausência de normas reguladoras específicas do biogás deve-se ao fato objetivo de que o incremento no uso, e a proliferação na instalação de unidades para o biogás são eventos recentes. A tecnologia começa a prodigalizar o uso. (BGS, [s.d.]; SANTOS, 2016)

Isto posto, para a produção de normas sobre/e de biocombustíveis podem ser elencados alguns fatores peculiares, ainda carentes de regulação por normas específicas para esta realidade. Para este trajeto propositivo podem ser utilizadas as regras de redação legislativa expostas na Lei Complementar n° 95, mas sobretudo no Decreto n° 9191, de novembro de 2017. Estes dois textos indicam como determinada matéria há de ser tratada como norma jurídica e, especialmente, quais os critérios devem guiar a produção de tal – futuro e hipotético – texto. Poder-se-ia dizer que o elemento resolutivo da própria existência da pesquisa encontra-se nos

artigos 7º a 9º do Decreto: a identificação de objeto que mereça tratamento normativo determinado e especificado. 7

A partir deste Decreto é possível estabelecer as bases para a proposição de normas. Desta maneira, utilizam-se as informações dos artigos 27,31 e 32 do texto desta norma. Portanto, aplicar-se-á roteiro do Decreto para verificar a necessidade e a qualidade de – futura e hipotética – norma sobre o biogás. De maneira esquemática: delimitar e apresentar o problema cuja proposição de uma norma sobre biogás visa a solucionar; a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; a identificação dos atingidos pela norma. (BRASIL, 2017).⁸

5 UMA METODOLOGIA PARA A REDAÇÃO DA LEI DO BIOGÁS

A necessidade e a plausibilidade de uma proposição versando sobre o assunto biogás é assumida no trabalho como tarefa a ser realizada para solução das lacunas ideológicas acima apontadas. Portanto, assumida esta constatação e a verificação da existências de lacunas no sistema sobre o assunto biogás vão-se agora definir alguns conteúdos e ordenação possível desta futura norma.

Como mencionado acima, para o trabalho prospectivo de redação da futura hipotética norma vão se utilizar os elementos definidores da redação legislativa previstos no Decreto nº 9191 – norma derivada da Lei Complementar nº 95, de 1998.9 Pois neste trabalho utilizam-se os elementos da norma de redação legislativa para servir de metodologia ao ensaio prospectivo. Portanto, deve-se pensar em:

a) Qual problema que a norma sobre o biogás procura enfrentar?

⁷ Art. 7º O primeiro artigo do texto do ato normativo indicará, quando necessário, o seu objeto e o seu âmbito de aplicação. § 1º O âmbito de aplicação do ato normativo delimitará as hipóteses abrangidas e as relações jurídicas às quais o ato se aplica. § 2º O ato normativo não conterà matéria: I - estranha ao objeto ao qual visa disciplinar; e II - não vinculada a ele por afinidade, pertinência ou conexão. Art. 8º Matérias idênticas não serão disciplinadas por mais de um ato normativo da mesma espécie, exceto quando um se destinar, por remissão expressa, a complementar o outro, considerado básico. Art. 9º Ato normativo de caráter independente será evitado quando existir ato normativo em vigor que trate da mesma matéria Parágrafo único. Na hipótese de que trata o **caput**, os novos dispositivos serão incluídos no texto do ato normativo em vigor.' (BRASIL, 2017).

⁸ A metodologia foi extraída justamente do esquema determinado pelo Decreto nº 9191, nos artigos 27, 31 e 32.

⁹ Há no art. 27 do Decreto nº 9.191, os elementos que deverão estar expostos na exposição de motivos de uma proposição: Art. 27. A exposição de motivos deverá: I - justificar e fundamentar, de forma clara e objetiva a edição do ato normativo, com: a) a síntese do problema cuja proposição do ato normativo visa a solucionar; b) a justificativa para a edição do ato normativo na forma proposta; e c) a identificação dos atingidos pela norma; [...]. (BRASIL, 2017).

b) A justificativa para a edição do ato normativo? Aqui se podem elucidar quais os objetivos são perseguidos com a edição de tal norma.

c) O que será atingido pela norma?

A prospecção vai se concentrar em aspectos materiais já tomando como ponto pacífico e acertado que as discussões sobre a validade e a sua compatibilidade com a constituição, e outros assuntos correlatos, essas abordagens ou problematizações são tarefas para o momento de existência concreta de uma proposição. Não agora como mera prospecção de futuro texto.

Iniciando com o problema de qual o assunto se quer resolver. Primeiro, com relação ao questionamento exposto em (a), Há que se considerar todo o acervo consolidado ao longo do texto, nos itens anteriores. A hipótese do trabalho é a da existência de uma lacuna ideológica. A demonstração e a testagem ao longo do texto foi a de que existem normas incidentais ou com matéria sobre biogás diluída noutros textos normativos. Em continuidade ao raciocínio o problema que se quer resolver com a edição de nova norma é de tratamento específico e delineado para a matéria biogás. Reforçando alguns pontos expostos ao longo do texto o problema que se quer enfrentar é o de produzir norma que:

a) Trate do assunto biogás já que é fonte de energia que pode ser produzida a partir da produção de resíduos humanos, ou de atividades econômicas.¹⁰ Esta é característica própria que merece detalhamento normativo específico.

b) Trate da produção de biogás e que tenha comandos específicos sobre a utilização e a destinação razoável aos rejeitos de produção humana e das atividades econômicas. Esta destinação pode ser energia ou fertilizante (ou os 2), entre tantos.

c) Trate com determinação e categorização os possíveis usos e processos do biogás, autonomamente, mas com as intersecções necessárias, com os outros tópicos já abordados como energia, combustíveis, entre tantos.

A bem da verdade o item (c), logo acima, já mostra a intersecção da resposta sobre o ‘problema que se quer resolver’ com a justifica da norma. Portanto, em continuidade ao raciocínio, o que justifica a edição de norma sobre o biogás:

¹⁰ Segundo a longa caracterização dada pela Autora, há várias matérias que podem ser usada para a produção de biogás: Resíduos urbanos (fração orgânica); Lodo de estação de tratamento de esgoto; Lodo de estação de tratamento de efluentes industriais; Dejetos de suínos, bovinos, aves; Resíduos das indústrias de alimentos • Resíduos das indústrias de bebidas; vinhaça.

e) A utilidade e a conveniência de produção de norma determinada, específica e categorizada para esta matéria. Isto implicaria a determinação de princípios jurídicos próprios ao assunto com o partilhamento ou incorporação de:

ea. Diretrizes específicas para esta energia renovável, inclusive apresentando-a como complementar ou sucedânea útil às matrizes fósseis, esgotáveis;

eb. Diretrizes que mostrem a política para o uso desta fonte como consequência da sua natureza, ou seja, como fonte que apresenta menos impactos socioambientais se comparado, por exemplo, ao gás natural;

ec. Diretrizes que a apresentem como matéria com características distintas aos demais biocombustíveis;

ed. Diretrizes que apresentem a matéria como poderia ser empregado no cumprimento das metas aos quais o Brasil se obrigou no 'Acordo de Paris' (o biogás é instrumento que executa as metas assumidas);

ee. Diretrizes que apresentem a matéria como colaboradora do aumento do percentual de participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

f) Trate da disciplina do biogás como matéria de interesse dos serviços públicos (como geração de energia elétrica), das atividades econômicas exploradas pelos particulares (ou, excepcionalmente, pelo próprio Estado), da política de combustíveis, da política ambiental, da política urbana, da política sanitária (de saneamento, de resíduos sólidos), e da própria política de segurança alimentar.

g) Com o que foi acima mencionado, há a indicação de que o problema a ser resolvido é bifronte e os objetivos de uma futura norma sobre biogás serão:

ga. Capazes de disciplinar o aproveitamento de

gb. A edição de norma capaz de regular a geração de energia a partir de resíduos de atividades humanas;

gc. Regular como será produzida e regulada esta energia gerada.

Na continuidade dos apontamentos, já com a intersecção com o item de 'justificativas' com 'os envolvidos' pela norma, pode-se dizer que a futura norma sobre biogás:

h) A norma sobre biogás poderia fazer a melhor ordenação de competências e ações entre as pessoas federativas. Importante que haja a concentração de comandos na União e a definição de papéis de Estados e dos Municípios:

ha. Esta norma definiria como as áreas de competência da União utilizariam especificamente o biogás, por exemplo, os serviços de energia elétrica;

hb. Definindo como os Estados poderiam utilizar o biogás em matérias de sua competência como, por exemplo, imaginar a futura utilização ampliada e massiva do biogás, distribuído por sistema de gás canalizado;

hc. Definindo como os Municípios poderiam utilizar os serviços de saneamento, e coleta de resíduos sólidos, para a geração de biogás (isto também incluiria as regiões metropolitanas, ou aglomerações, com a competência dos Estados).

i) Outros aspectos da política energética, de combustíveis e assuntos correlatos poderiam ser melhor enfrentados por uma norma específica:

ia. Definir com detalhes os diferentes usos do biogás – veicular, térmica e elétrica (ou combinação de alguns destes usos);

ib. Definir o pareamento, possível complementaridade e/ou formas de uso veicular do biogás;

ic. Definir políticas urbanísticas que definam a instalação de parques, unidades ou centros de utilização/produção do biogás;

id. Definir formas de utilização do biogás em diferentes categorias, doméstico, industrial, agrícola, ou de serviços;

ie. Definir com formas jurídicas os usos de resíduos industriais, agrícolas, e de pecuária;

if. Definir com critérios soluções de esgotamento com produção de biogás, nas áreas urbanas ou rurais, tanto para o esgotamento em grandes redes como o esgotamento por unidades;

ig. Definir os critérios de resíduos sólidos, em áreas urbanas ou rurais;

ih. Definir montantes ou quantitativos de pequena, média e grande produção de resíduos, ou de biogás;

ii. Definir quantitativos de emissão pós-queima, de massa sobranje e de destinação final de massa sobranje;

ij. Definir com clareza o aproveitamento em usos residenciais, de consumo próprio, de outros, para a comercialização de produção ou a utilização para atividades industriais, agrícolas ou outras.

j) A futura norma definiria a ação fiscalizadora das entidades e das pessoas políticas e administrativas em quadrantes específicos,

ambientais, energéticos, de energia elétrica, de energia térmica, de urbanismo, de serviços públicos.

k) Estabelecer possíveis vedações e restrições de materiais, usos ou localizações.

l) Definir regramento de equipamentos, padronização de equipamentos, regramento de unidades produtoras, padronização de unidades produtoras.

CONCLUSÃO

A exposição e a testagem dos argumentos expostos no artigo confirmam a incompletude das normas de regulação da matéria biogás no sistema jurídico brasileiro. Como já havia a presunção na hipótese do trabalho, o estado das normas positivadas apresenta as características de serem normas incidentais, marginais, suplementares ou complementares ao assunto.

Por fim, a produção da norma específica sobre biogás envolverá a regulação com a conexão necessária com tópicos como serviços públicos, regramento das atividades econômicas, destinação de resíduos sólidos e de esgoto, atividades variadas (indústria, serviços, agricultura), política de combustíveis, política ambiental. A norma ainda deverá realizar a concentração de comandos na União com participação de Estados e de Municípios.

REFERÊNCIAS

AQUINO, S. R. F. D. **Política do Direito e a produção da norma jurídica na pós-modernidade: reflexões epistemológicas**, 2012. Disponível em: https://works.bepress.com/sergioricardo_aquino/8. Acesso em: 3 nov. 2019.

BABINI, M. Do conceito à palavra: os dicionários onomasiológicos. **Cienc. Cult.**, 2006. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252006000200015&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 fev. 2019.

BGS. História do biogás. **BGS equipamentos para biogás**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.bgsequipamentos.com.br/historia-do-biogas/>. Acesso em: 31 mai. 2019.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. ed. Brasília: Unb, 1995.

BRASIL. LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995. **Planalto legislação**, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9074cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. LEI Nº 9.427, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1996. **Planalto legislação**, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. LEI Nº 9.478, DE 6 DE AGOSTO DE 1997. **Planalto legislação**, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. LEI Nº 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007. **Planalto legislação**, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.305, DE 2 DE AGOSTO DE 2010. **Planalto legislação**, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12305.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 9.191, DE 1º DE NOVEMBRO DE 2017. **Planalto legislação**, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9191.htm#art59. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.576, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2017. **Planalto legislação**, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13576.htm. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL-ANP. RANP 8 - 2015. **ANP**, 2015. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2015/janeiro&item=ranp-8--2015>. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL-MME. RenovaBio permite aproveitamento energético de aterros sanitários. **Ministério das Minas e Energia**, 2018. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/renovabio-permite-aproveitamento-energetico-de-aterros-sanitarios. Acesso em: 31 jan. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de lei e outras proposições. **Atividade legislativa**, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=&ano=&autor=&inteiroTeor=biog%C3%A1s+6559&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=04/02/2019&page=false>. Acesso em: 04 fev. 2019.

ECYCLE. O que é biogás e como ele é transformado em energia elétrica. **Ecycle - sua pegada mais leve**, 2010-13. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/2972-biogas>. Acesso em: 04 fev. 2019.

FEAM; FIEMG. **Guia técnico ambiental de biogás na agroindústria**. FEAM; FIEMG. Belo Horizonte, p. 160. 2015.

FREITAS, J. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HASSAN, M. H.; KALAM, M. A. An Overview of Biofuel as a Renewable Energy Source: Development and Challenges. **Procedia Engineering**, v. 56, p. 39-53, 2013. Disponível em: <https://sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705813004414>. Acesso em: 3 nov. 2019.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MICHAEL, K.; STEFFI, N.; PETER, D. **The Past, Present, and Future of Biofuels – Biobutanol as Promising Alternative**, 2011. Disponível em: <https://intechopen.com/books/biofuel-production-recent-developments-and-prospects/the-past-present-and-future-of-biofuels-biobutanol-as-promising-alternative>. Acesso em: 3 nov. 2019.

ROSS, A. **Direito e justiça**. Bauru: Edipro, 2000.

SANTOS, M. M. D. Produção e uso de biogás no Brasil. **IEE USP**, 2016. Disponível em: http://www.iee.usp.br/sites/default/files/cafe_debate_MARILIN-biogas.pdf. Acesso em: 31 mai. 2019.

SENADO FEDERAL. Projetos e matérias - proposições. **Atividade legislativa**, 2019. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=biog%C3%A1s>. Acesso em: 29 jan. 2019.

UFJF. Energia Inteligente - Como funciona: biogás. **Energia Inteligente**, 2018. Disponível em: <http://energiainteligenteufjf.com/como-funciona/como-funciona-biogas/>. Acesso em: 04 fev. 2019.

VENGHAUS, S.; SELBMANN, K. **Biofuel as social fuel**, 2010. Disponível em: http://edocs.fu-berlin.de/docs/servlets/mcrfilenodeservlet/fudocs_derivate_00000001389/venghaus-biofuel_as_social_fuel-213.pdf. Acesso em: 3 nov. 2019.

VIÑAS, M. L. H. Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno. **Estudios constitucionales**, 2013. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100012&lng=es&nrm=iso. Acesso em: ago. 2019.

WILKIE, A. C. Biogas a renewable biofuel. **University of Florida**, 2018. Disponível em: <http://biogas.ifas.ufl.edu/biogasdefs.asp>. Acesso em: 30 jan. 2019.

JUSTIÇA COMO EQUIDADE E A FUNDAMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DISTRIBUTIVAS SOCIOCULTURAIS

JUSTICE AS EQUITY AND THE FOUNDATION OF DISTRIBUTIVE SOCIOCULTURAL POLICIES

Valena Jacob Chaves *

Paulo Isan Coimbra da Silva Junior **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Primeiro esclarecimento: distintas desigualdades. 2 Segundo esclarecimento: políticas estatais redistributivas. 3 Terceiro esclarecimento: justiça como equidade. 4 Justiça distributiva e o papel do estado. 5 Políticas distributivas e os elementos socioculturais. Conclusão. Referências.

RESUMO: A justiça como equidade desenvolvida por John Rawls é uma das mais importantes teorias da filosofia política e, em razão desta enorme influência, é recorrentemente utilizada para fundamentar políticas estatais distributivas. O presente estudo se propõe a investigar se a teoria rawlsiana exposta em *Uma teoria de Justiça* fornece fundamentação explícita e suficiente às políticas voltadas às demandas redistributivas decorrentes das desigualdades socioculturais.

Palavras-chave: Justiça como equidade. Políticas distributivas. Desigualdades socioculturais.

ABSTRACT: *Justice as fairness developed by John Rawls is one of the most important theories of political philosophy, and because of this his enormous influence, is recurrently used to support redistributive state policies. This study aims to investigate whether rawlsian theory exposed in a justice theory provides explicit rationale and sufficient to policies aimed at redistributive demands resulting social and cultural inequalities.*

Keywords: *justice as fairness. redistributive policies. socio-cultural inequalities.*

INTRODUÇÃO

John Rawls alterou profundamente o liberalismo ao introduzir a igualdade como ideal político relevante. Após a difusão da teoria de justiça como equidade (*justice as fairness*), apresentada de forma mais

* 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).

** Mestre e Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará, Desembargador Federal do Pará da 8ª Região.

Artigo recebido em 07/02/2020 e aceito em 07/02/2020.

Como citar: CHAVES, Valena Jacob; SILVA JUNIOR, Paulo Isan Coimbra da. Justiça como equidade e a fundamentação de políticas distributivas socioculturais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 21, n. 34, p. 331-349. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

consistente em 1971, em *Uma teoria de justiça*, tornou-se obrigatório posicionar-se em relação a ela.

A enorme influência intelectual da teoria de Rawls (2002) refletiu-se em seu uso frequente para justificar políticas estatais redistributivas, inclusive modelos complexos como as políticas de ação afirmativa. Esse uso corrente deve ser visto com cautela para se evitar extrapolações inapropriadas da teoria. Não que as políticas não possam adotar fundamentos distintos dos delineados por Rawls. Evidentemente podem. No entanto, há que se perquirir se a política efetivamente se coaduna à teoria na qual busca justificativa. Trata-se, por assim dizer, de uma questão de fidelidade.

No contexto específico de fundamentação de políticas redistributivas, tem especial importância o princípio da diferença, o qual, em sua última formulação, estabelece que:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- a) tragam maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e
- b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (RAWLS, 2002, p. 333).

Com esta transcrição, pretende-se levantar uma possível restrição da justiça como equidade. Rawls (2002) parece preocupado apenas com as desigualdades sociais e econômicas. Logo, deduções de que este princípio sustentaria políticas redistributivas focadas em desigualdades preponderantemente culturais podem não se sustentar *prima facie*; o que, por sua vez, pode significar que ações afirmativas assentadas em critérios socioculturais não encontram na justiça como equidade a fundamentação mais adequada.

Então, cabe investigar se as políticas redistributivas focadas em elementos preponderantemente socioculturais encontram fundamentação explícita e suficiente na teoria da justiça como equidade? Na impossibilidade de identificar esta fundamentação, poder-se-á concluir pela inadequação da justiça como equidade para sustentar tais políticas redistributivas.

Evidentemente que, para enfrentar estas questões, é necessário esclarecer alguns pontos. Como ponto de partida, é essencial delinear as distinções entre as desigualdades socioeconômicas e socioculturais; e a forma como estas desigualdades se projetam nas políticas estatais. Também é indispensável apresentar um esboço da teoria da justiça como equidade,

sobretudo para alicerçar a discussão dos princípios de justiça. Uma vez apresentado este quadro teórico, discutir-se-á centralmente a presença, na teoria de Rawls (2002), de fundamento para políticas redistributivas voltadas às desigualdades decorrentes de fatores socioculturais.

Fixado o percurso investigativo, cabe fazer aqui mais uma observação de índole metodológica. A despeito do contínuo aprimoramento da teoria da justiça como equidade por Rawls até sua morte (2002), este estudo tomará por base a edição revisada de *A theory of justice* de 1971. Para ser mais preciso, trabalhar-se-á como a edição brasileira intitulada *Uma teoria de justiça* (2002) publicada pela editora Martins Fontes, cujos os dados bibliográficos encontram-se nas referências. De qualquer sorte, os estudos posteriores ou mais recentes de Rawls (2002) foram dedicados a responder às críticas ou alterar parte da teoria e não importaram em reformulação que impactasse de forma significativa em sua compreensão da justiça distributiva.

1 PRIMEIRO ESCLARECIMENTO: DISTINTAS DESIGUALDADES

O primeiro ponto a ser esclarecido é a distinção entre desigualdades socioeconômicas e desigualdades socioculturais. Para isso mostra-se bastante útil a sistematização feita por Santos (2006, p. 279-316). Este autor relata que a modernidade capitalista limitou seu horizonte emancipatório, regulando-se por processos de hierarquização. Um marcadamente socioeconômico e outro eminentemente sociocultural. O primeiro seria o sistema de desigualdade; o segundo o sistema exclusão. Em que pese a distinção terminológica já evidente, é possível trabalhar com essas ideias como se verá mais adiante.

De acordo com Santos, a desigualdade tem como seu principal teórico o filósofo e economista alemão Karl Marx. Na perspectiva marxista, a relação capital/trabalho é o grande princípio de integração na sociedade capitalista (Santos, 2006, p. 280). Uma desigualdade classista baseada na exploração, cuja integração assenta-se na desigualdade entre o capital e o trabalho,

[...] uma luta entre classes exploradas e exploradoras, entre dirigidas e dirigentes, nos diversos estádios de evolução social; [...] presentemente... a classe explorada e oprimida (é) o proletariado [...] a classe que o explora e oprime: a burguesia (CHAVALLIER, 1989, p. 292).

Mais explicitamente, o princípio que rege o sistema de desigualdade é o da integração subordinada pelo trabalho. Santos acrescenta que o sistema de pertença por desigualdade manifesta-se, marcadamente, como um fenômeno socioeconômico, que levado ao extremo desemboca em escravidão (SANTOS, 2006, p. 281).

Já no sistema da exclusão, a pertença é orientada pelo princípio da segregação, ou seja, “pertence-se pela forma como se é excluído” (SANTOS, 2006, p. 280). A exclusão é um fenômeno cultural e político, onde um processo histórico através do qual uma cultura, por via do discurso de verdade, cria o interdito e o rejeitado. Institui-se um padrão (uma normalidade) e o que dele difere deve ser segregado, excluído ou eliminado (SANTOS, 2006, p. 280-281).

O grande teorizador da exclusão foi o pensador e epistemólogo francês Michel Foucault. Este autor afirma que “A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeneiza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza” (FOUCAULT, 1995, p. 163). E, Através das Ciências Humanas, transformadas em disciplinas, criou-se um enorme dispositivo de normalização que desqualificando como inferior, louco, criminoso ou pervertido consolida a exclusão. Foucault (1995, p. 172) sustenta que:

O momento em que passamos de mecanismos histórico-rituais de formação da individualidade a mecanismos científico-disciplinares, em que o normal tomou o lugar do ancestral, e a medida o lugar do status, substituindo assim a individualidade do homem memorável pela do homem calculável, esse momento em que as ciências do homem se tornaram possíveis, é aquela em que foram postas em funcionamento uma nova tecnologia do poder e uma outra anatomia política do corpo.

Assim, o sistema de exclusão cria rejeição e segregação que, embora tenham consequências sociais e econômicas, são fundamentalmente culturais. Além disto, a exclusão manifesta-se em diferentes graus. Como afirma Santos (2006, p. 282), o grau extremo de exclusão é o extermínio.

Estes dois sistemas devem ser vistos como tipos ideais, uma vez que não se manifestam isoladamente. Na prática mostra-se associados em outros sistemas de hierarquização como, por exemplo, racismo, sexismo e etarismo.

Desta forma, em ambos os casos, há a presença da segregação foucaultiana e a integração subordinado pelo trabalho nos moldes de Marx. Como destaca Santos (2006, p. 281), no caso do racismo, o princípio da exclusão baseia-se na hierarquia das raças e a integração desigual dá-se, primeiro, por meio da exploração colonial (escravatura, trabalho forçado), e, depois, via imigração.

Ainda segundo o mesmo autor, no caso do sexismo, o princípio da exclusão assenta-se na distinção entre os espaços público e privado, enquanto que o princípio da integração desigual se baseia no papel da mulher como reprodutora da força do trabalho no seio da família e, mais tarde, tal como o racismo, pela integração em formas desvalorizadas de força de trabalho.

Assim, graças a estes sistemas híbridos, tem-se, de um lado, a etnicização/racialização da força de trabalho, e de outro, a sexização da força de trabalho.

Embora sejam os dois sistemas híbridos mais importantes, o racismo e o sexismo não encerram as variedades de combinações entre os sistemas padrões de desigualdade e exclusão. Diante do sistema de desigualdade, fundado paradoxalmente na essencialidade da igualdade (o contrato de trabalho é um pacto entre partes livres e iguais), e do sistema da exclusão, baseado na essencialidade da diferença (como cientificização da normalidade ou o determinismo biológico da raça ou do sexo), as práticas sociais recombina-nos para elaboração de outros esquemas de pertencimento hierarquizado.

Para exemplificar esta última afirmação podemos destacar a recombinação que recorre à cronologia. A partir disto, a idade transforma-se em justificador de exclusão e desigualdade, a exemplo da raça e do sexo, formando um sistema específico de pertença hierárquica. Como tivemos a oportunidade de afirmar em outro estudo (SILVA JUNIOR, 2010, p. 28), no sistema de hierarquização com base na idade: isto é, no etarismo, o princípio da segregação assenta-se na hierarquia entre as idades e o princípio da integração subordinada se dá pela etarização da força de trabalho.

Ainda no mesmo estudo, especificamente no que concerne ao envelhecimento, já foi exposto que:

Primeiramente, o envelhecimento humano é um processo biológico que recebe diferentes significações no tempo e no espaço. Mas, no ideário hegemônico atual, ele significa o processo que marca o declínio físico, psíquico e social de determinada categoria de pessoas que não mais se encaixam

no esquema produtivo em virtude do seu progressivo distanciamento do marco etário privilegiado. Enquanto que o velho é a pessoa socialmente identificada com o envelhecimento. Seguindo esta ideia, o velho apresenta-se como a pessoa em declínio físico, psíquico e social que não mais se encaixa no esquema produtivo em virtude do seu progressivo distanciamento do marco etário privilegiado (SILVA JUNIOR, 2010, p. 37).

Como se pode concluir desta exposição, as desigualdades que marcam as sociedades capitalistas são complexas, na medida que envolve múltiplos fatores. Entretanto, é possível identificar que, em dados contextos, há proeminência de elementos econômicos e, em outros, prevalecem elementos culturais.

2 SEGUNDO ESCLARECIMENTO: POLÍTICAS ESTATAIS REDISTRIBUTIVAS

Como delineado acima, a regulação capitalista produziu formas diversificadas de desigualdade, distintos sistemas de hierarquização. Contudo, no mesmo contexto, surgiram movimentos antissistêmicos (marxistas, feministas, anticolonialistas, negros etc.). Estes movimentos, como sustenta Santos, são caracterizados por suas propostas de radical igualdade e inclusão (SANTOS, 2006, p. 282-283).

As propostas de eliminação de classes econômico-sociais e de fim das distinções baseadas na raça, no sexo ou na origem nacional ou regional, dentre outras, influenciaram fortemente o ideário social no século XX¹, repercutindo sobre o modo de ser do Estado e, conseqüentemente, na sua forma de agir. Uma das principais conseqüências desta modificação foi a variação da concepção de igualdade a orientar as ações estatais, assim como das formas de combate à hierarquização.

O desenvolvimento da perspectiva formal ou jurídico-formal está intimamente ligado à concepção de Estado produzida no “Longo Século XIX” (HOBBSAWM, 2003, p. 11). Esta época é marcada por um capitalismo triunfante e suas instituições liberais. Hobsbawm (2003, p. 16), ao se referir a este período, diz que se tratava “de uma civilização capitalista na economia; liberal na estrutura legal e constitucional;

¹ Não é desarrazoado afirmar que John Rawls catalisou as demandas de seu tempo por uma sociedade mais justas, mais igualitária em um sentido substantivo; e forneceu as bases intelectuais que revolucionaram o liberalismo com a introdução da igualdade como ideal político relevante.

burguesa na imagem de sua classe hegemônica característica”. Como organização política privilegiada desta sociedade, surge o Estado liberal burguês.

Fundado no ideário preconizado por John Locke e Adam Smith, destacadamente no princípio do mercado, o Estado liberal tem como uma das suas principais características, o abstencionismo ou a neutralidade, que, em linhas gerais, significa o distanciamento do Estado das relações econômicas, que devem ser autorreguladas pelo mercado (livre). No plano jurídico, isto é traduzido pela cláusula de igualdade perante a lei. Por ela, o Estado compromete-se a não-intervir nas relações individuais no sentido de desequilibrá-las em favor de alguém (GOMES, 2001, p. 36). As leis, independentemente de seu conteúdo, devem ser aplicadas uniformemente a todos os indivíduos, indistintamente.

Assim, está-se diante de uma concepção individualista de igualdade, onde o indivíduo precede os grupos sociais e o próprio Estado. Historicamente localizada, a igualdade nestes termos individualistas é revolucionária. As declarações que a positivaram como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), buscavam combater os privilégios derivados da ordem estamental então vigente.

Porém, com as profundas mudanças sociais e econômicas desencadeadas pelas revoluções industriais, a igualdade meramente formal logo se tornou insuficiente, e a neutralidade estatal converteu-se em instrumento para a perpetuação de desigualdades abissais. A própria sociedade liberal burguesa do século XIX encontrou seu declínio e dissolução nas disputas imperialistas nascidas do processo de industrialização. Tanto é assim que o período iniciado com a eclosão da Primeira Guerra Mundial até os resultados da Segunda é chamado por Hobsbawm (2003, p. 16) como a “Era das Catástrofes”.

Diante da ruína da sociedade liberal e, conseqüentemente, de sua concepção particular de igualdade (formal), duas constatações impuseram-se, como ressalta Gomes (2001, p. 37). Primeiramente, a certeza de que as proclamações jurídicas por si sós não são suficientes para reverter um quadro social marcado pela iniquidade. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de tal quadro só seria viável com a renúncia do Estado à neutralidade em questões sociais.

Com a crise do Estado abstencionista e de sua “cláusula de igualdade perante a lei”, vivencia-se período de profundas reformulações

econômicas, políticas e jurídicas. As desigualdades produzidas pelo capitalismo selvagem e a incapacidade do Estado neutro em resolvê-las ou, pelo menos, minorá-las levaram à negação prática dos princípios do liberalismo clássico tanto à direita como à esquerda. Um novo consenso surge: o Estado deve intervir, deve dirigir. Verifica-se, a partir daí, a transformação do Estado liberal no Estado social.

Nos países capitalistas centrais, esta nova concepção de Estado, sob a forma de Estado-Providência, centra suas políticas sociais e econômicas na desigualdade (SANTOS, 2006, p. 286). Aqui, a igualdade ganha nova feição, abrangendo aspectos mais concretos. O Estado assume a função de promover os direitos sociais (em sentido amplo) por meio de suas intervenções.

A complexidade das novas funções assumidas exige a reestruturação estatal e a sofisticação dos meios de intervenção. Mecanismos como as políticas fiscais redistributivas e de pleno emprego são implementadas; as políticas sociais ganham relevo.

É neste quadro de ativismo estatal que nasce uma espécie de política pública bastante particular - e, se analisada segundo os princípios do liberalismo clássico, radical - conhecida como ação afirmativa. E, de acordo com entendimento apresentado em outro trabalho, definiu-se que:

[...] ação afirmativa como uma política transitória de redistribuição de bens e recursos a pessoas socialmente identificadas com um critério arbitrário de inferiorização, objetivando a superação da hierarquização e, conseqüentemente, a formação de uma sociedade justa (SILVA JUNIOR, 2010, p. 67).

Esta breve retrospectiva denota que, ao longo do século XX, operou-se uma profunda alteração na forma de compreender e promover a igualdade. Transitou-se de um modelo de igualdade jurídico-formal para propostas de igualdade substantiva. Percebeu-se que a riqueza não é o único critério de desigualdade. Em dados contextos, outros elementos de índole marcadamente cultural são preponderantes para definição do papel dos indivíduos na sociedade. Este quadro, por sua vez, foi acompanhado de uma renúncia à neutralidade estatal, tendo como primeiro impulso combater a pobreza por meio de políticas redistributivas assentadas na classe socioeconômica. Logo, percebeu-se a insuficiência desta atuação exclusiva a partir de classe e ampliou-se o foco para grupos vulnerabilizados por razões culturais como raça, etnia, idade e sexo.

3 TERCEIRO ESCLARECIMENTO: JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Ainda como subsídio ao enfrentamento da questão principal, mostra-se necessária uma breve exposição da teoria de justiça desenvolvida por John Rawls, a justiça como equidade. Esta teoria inaugura, no âmbito do liberalismo, uma corrente profundamente comprometida com a promoção da igualdade substantiva, atribuindo ao Estado papel central nesta tarefa.

Antes de passar a descrição da teoria, pontue-se que a teoria Rawlsiana não só reconhece que a desigualdade é inerente à condição da vida em sociedade como entende ser perfeitamente admissível, desde que observados determinados imperativos de justiça. Portanto, fica desautorizada qualquer interpretação que sugira que a justiça como equidade busca a igualdade absoluta. Como ficará mais claro adiante, Rawls (2002) defende o direito das pessoas a um sistema de liberdades básicas iguais (liberdades individuais e políticas) e que as desigualdades econômicas e sociais, apesar de admissíveis, devem ser controladas.

Superado este ponto, cabe salientar que, segundo Rawls (2002), a justiça é a primeira virtude das instituições sociais e tem como objeto primário a estrutura básica da sociedade. Neste sentido preocupa-se com a maneira como a constituição política e os principais acordos sociais e econômicos (como instituições sociais mais importantes) distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Assim, mostra-se fundamental a busca dos princípios que ordenem de maneira justa a distribuição destas vantagens.

Evidentemente - e Rawls (2002) deixa isso bem claro - deve-se buscar princípios reguladores porque é um fato normal que qualquer sociedade é, primeiro, uma associação mais ou menos autossuficiente de pessoas que aceitam, e em geral cumprem, determinadas regras que organizam suas condutas. E, segundo, uma sociedade é marcada por conflito e por identidade de interesses.

Estes princípios aplicam-se às sociedades voltadas a promover o bem de seus membros, nas quais a) não haja extrema escassez nem abundância de bem, b) as pessoas sejam mais ou menos iguais e c) as pessoas também sejam vulneráveis às agressões dos demais membros. Para usar uma terminologia mais fiel à teoria de Rawls (2002), os princípios de justiça aplicam-se às sociedades bem-organizadas, nas quais vigorem as circunstâncias de justiça.

Importante destacar que Rawls (2002) defende a adoção de um procedimento para escolha dos princípios de justiça. Para ser mais preciso,

advoga que a escolha se dê em condições procedimentais imparciais, sintetizada no sistema denominado de “justiça como equidade”. Nesse sistema, como aponta Gargarella (2008, p. 20), considera-se que os princípios de justiça imparciais são os que resultariam de uma escolha realizada por pessoas livres, racionais e interessadas em si mesmas (não invejosas) colocadas em uma posição de igualdade. Aqui reside a equidade da teoria. Há igualdade já no primeiro momento.

Para explicar o sistema de escolha imparcial, Rawls (2002) utiliza um recurso hipotético que chama de “posição original”.

Como bem sintetiza Oliveira (2003, p. 14),

A posição original (*original position*) é a situação hipotética na qual as partes contratantes (representando pessoas racionais e morais, isto é, livres e iguais) escolhem, sob o ‘véu da ignorância’ (*veil of ignorance*), os princípios de justiça que devem governar a ‘estrutura básica da sociedade’ (*basic structure of society*).

O objetivo da posição original é afastar dos sujeitos o conhecimento acerca de qualquer informação que prejudique sua imparcialidade na escolha dos princípios. Assim, os sujeitos não conhecem seus talentos, seu status social, a família, nível de riqueza, etc. Ante esta situação hipotética, é necessário que os indivíduos contem com informações adicionais para que possam realizar sua escolha.

A primeira delas diz respeito à motivação e, segundo supõe Rawls, os sujeitos estão motivados a obter “bens primários”, que seriam aqueles indispensáveis a satisfação de qualquer plano de vida e incluem riqueza, oportunidades, direitos, etc.

A segunda informação está relacionada ao critério de escolha em situação de incerteza. Rawls acredita que, em caso de dúvida, os sujeitos utilizaram a “regra de maximin”. Segundo Gargarella (2008, p. 23-24),

A mencionada regra afirma que, nesses momentos de incerteza, devem ser hierarquizadas as diferentes alternativas de acordo com seus piores resultados possíveis. Nesse sentido, deverá ser adotada a alternativa cujo pior resultado for superior ao pior resultado das outras alternativas.

Fixadas estas premissas, o resultado da deliberação na posição original seria a escolha dos princípios de justiça abaixo transcrito (RAWLS, 2002, p. 333-334):

Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo de sejam, ao mesmo tempo:

- a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e
- b) sejam vinculadas a cargos acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

É importante ressaltar, para adequada compreensão da justiça como equidade, que o primeiro princípio tem prioridade lexicográfica ou lexical sobre o segundo; o que significa dizer que somente se tratará das desigualdades econômicas e sociais quando plenamente atendidas as liberdades individuais e políticas.

Assim Rawls (2002, p. 333-334) expressa as regras de prioridade, a saber:

Primeira regra de prioridade (a prioridade da liberdade)

Os princípios de justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade. Existem dois casos:

- (a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;
- (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda regra de prioridade (A prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o bem-Estar)

O segundo princípio de justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

- (a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;
- (b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.

Como a mera leitura das transcrições acima sugere, há muito o que se dizer sobre os princípios de justiça propostos por Rawls (2002);

entretanto, para os fins do presente estudo, mostra-se pertinente realçar a ideia de justiça distributiva ínsita a eles.

4 JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O PAPEL DO ESTADO

A teoria de Rawls (2002) rompe com a tradição aristotélica, uma vez que desvincula a justiça distributiva do mérito moral. Rawls (2002) busca, por meio da justiça como equidade, fornecer resposta às questões: “que bens devem ser distribuídos?” e “quanto desses bens todos devem ter?”

De acordo com o primeiro princípio proposto pela teoria rawlsiana, deve-se distribuir com absoluta prioridade e a todos igualmente as liberdades básicas. Rawls (2002, p. 65) lista estas liberdades:

As mais importantes entre elas são as liberdades políticas (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito.

Garantida a distribuição das liberdades básicas, abre-se espaço ao segundo princípio de justiça, o qual se aplica “à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade” (RAWLS, 2002, p. 65).

Como salienta Brito Filho (2016, p. 44-45), deve-se considerar que o segundo princípio é composto por outros dois princípios: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

Este segundo componente tem particular importância na discussão aqui travada, uma vez que ele traduz a concepção de igualdade de recursos ou, para usar a terminologia de Rawls (2002), de “bens primários”. Dois aspectos devem ser destacados. Primeiramente, as desigualdades econômicas e sociais são admissíveis, desde que possam ser justificadas; e esta justificativa reside na regra *maximin*, o que implica dizer que o acesso desigual aos recursos escassos é aceitável se disto decorre uma situação mais vantajosa aos sujeitos em posição mais desfavorável. O segundo aspecto está relacionado aos próprios bens primários. Conforme a justiça como equidade, somente comporta distribuição fundada nos princípios de justiça, aqueles bens influenciáveis pelas instituições sociais, tais como direitos, liberdades, oportunidades, renda, riqueza e autoestima, ou seja,

os bens primários sociais. Talentos e saúde, por exemplo, embora sejam “coisas que um homem racional deseja, não importando o que ele mais deseja” (RAWLS, 2002, p. 82) não são distribuídos pelas instituições sociais e, portanto, não são pautados pelos princípios de justiça.

A concepção de justiça de Rawls (2002) atribui ao Estado papel central na tarefa distributiva, não só porque nele se acomodam as estruturas básicas regidas pelos princípios de justiça como também ele exerce as funções necessárias à distribuição ou, como ficará mais claro a seguir, a redistribuição dos bens primários sociais.

Declara Rawls (2002, p. 303-304):

[...] presumo que a estrutura básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual [...]. A liberdade de consciência e de pensamento são pressupostas, e o valor equitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidade que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho. Isso se consegue por meio de fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doenças e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo).

No estabelecimento das instituições básicas de justiça distributiva, Rawls (2002, p. 304-307) divisa quatro setores ou funções governamentais, que assim resumimos:

a) Setor de alocação: visa evitar distorções no mercado, como abuso do poder econômico e manipulação de preços, que prejudiquem a livre concorrência e a eficiência. Esta função aproxima-se, no contexto

brasileiro, daquela desempenhada pelo Conselho de Administrativo de Defesa Econômica (CADE), pela Secretaria de Assuntos Econômicos do Ministério da Fazenda (SAE/MF) e pelo sistema de proteção e defesa do consumidor.

b) Setor de estabilização: voltado à criação de pleno emprego razoável, de modo a permitir que aqueles que quiserem possam encontrar trabalho e façam a escolha de sua ocupação de forma livre. Esta função coincide, em boa parte, com as atribuições típicas do Ministério do Trabalho;

c) Setor de transferência: objetiva atender as reivindicações decorrentes da pobreza e, também em boa medida, esta função coincide com aquelas desenvolvidas por instituições presentes no Estado brasileiro, particularmente o Ministério do desenvolvimento social e combate à fome (MDS) e ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que, em uma situação anômala, arca com prestações assistências.

d) Setor de distribuição: cabe a ele a tarefa de preservar uma justiça aproximada das partes a serem distribuídas. De um lado, faz isso corrigindo, gradual e continuamente, a distribuição de riqueza e impedindo a concentrações de poder prejudiciais ao valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades. De outro lado, arrecada a receita exigida pela justiça, de modo a viabilizar o fornecimento dos bens públicos (principalmente educação e saúde) e o pagamentos das transferências necessárias a satisfação do princípio da diferença. Esta última função é provavelmente a que encontra mais precariamente correspondência no desenho institucional brasileiro. Em que pese a disponibilização de serviços públicos de saúde e educação com pretensões declaradas de universalidade, os mecanismos tributários em vigor não atendem a condicionante de elevar a condição dos sujeitos menos favorecidos.

Como se percebe, a teoria de justiça como equidade reserva papel extremamente importante na sua consecução. Neste ponto, Rawls (2002) é bastante enfático ao afirmar que o mercado é incapaz de prover as necessidades decorrentes da pobreza, cabendo tal tarefa ao governo.

5 POLÍTICAS DISTRIBUTIVAS E OS ELEMENTOS SOCIOCULTURAIS

Após percorrer este itinerário argumentativo, é possível fazer uma análise contextualizada da relação entre políticas redistributivas e

os elementos socioculturais à luz da teoria de justiça desenvolvida por Rawls (2002). Assim, cabe indagar se políticas distributivas focadas em elementos preponderantemente socioculturais encontram fundamentação explícita na teoria da justiça como equidade?

Supõe-se que o *locus* privilegiado para esta discussão é o tópico “posições sociais relevantes” (RAWLS, 2002, p. 101-106), uma vez que é aí que Rawls (2002) vislumbra a visão geral, a partir da qual, os dois princípios de justiça devem ser aplicados à estrutura básica da sociedade.

A justiça como equidade defende que, na aplicação dos princípios de justiça à estrutura da sociedade, seja considerada a visão de certos indivíduos representativos. Dito de outra forma, precisa-se identificar posições sociais a partir das quais será julgado o sistema de liberdades básicas e as desigualdades sociais e econômicas. Neste diapasão, Rawls (2002, p. 102) afirma que “os homens representativos relevantes são, portanto, o cidadão representativo e os representantes daqueles que têm diferentes expectativas em relação aos bens primários distribuídos de forma desigual”. Um pouco mais adiante, ao tratar da posição para avaliação da cidadania igual ou, como temos chamado até aqui, das iguais liberdades básicas, o autor declara que:

Essa posição é definida pelos direitos e liberdades exigidos pelo princípio de liberdade igual e pelo princípio equitativo de oportunidades. Quando os dois princípios são satisfeitos, todos são cidadãos iguais, e portanto todos ocupam essa posição. Nesse sentido, a igual cidadania define um ponto de vista comum. (2002, p. 102).

No que concerne à avaliação das desigualdades sociais e econômicas, a teoria de Rawls propõe que ela seja feita a partir das perspectivas dos menos favorecidos, em consonância com as contingências decorrentes da origem familiar e classe, dotes naturais e sorte (RAWLS, 2002, p. 103-104).

Estas duas posições, todavia, não esgotam as perspectivas de aplicação dos princípios de justiça. Rawls (2002, p. 105) chama atenção para a possibilidade de existir direitos básicos desiguais fundados em características naturais fixas e, ainda de acordo com ele, estas desigualdades selecionarão outras posições relevantes.

Neste sentido, bastante significativo é o trecho abaixo transcrito:

Uma vez que estas características [naturais físicas] não podem ser mudadas, as posições definidas por elas contam como

lugares de partida na estrutura básica. Distinções baseadas no sexo entra nessa categoria, assim como as que dependem da raça e cultura. Dessa forma, se os homens são favorecidos na atribuição de direitos básicos, essa desigualdade só se justifica pelo princípio da diferença (na interpretação geral) se trouxer vantagens para as mulheres e for aceitável do ponto de vista delas. E a condição análoga se aplica à justificativa do sistema de castas, ou das desigualdades raciais e étnicas.

Percebe-se aqui que a teoria rawlsiana lida explicitamente como elementos socioculturais e, de forma clara, reconhece sua relevância para aplicação dos princípios de justiça. Entretanto, este reconhecimento não implica isenção de uso judicioso. Rawls (2002, p. 105), em trecho contíguo ao transcrito acima, adverte que: “Essas desigualdades multiplicam as posições relevantes e complicam a aplicação dos dois princípios”. E, logo em seguida, afirma que: “[...] essas mesmas desigualdades raramente trazem, se é que chegam a trazer, vantagens para os menos favorecidos, e portanto em uma sociedade justa o menor número de posições relevantes seria em geral suficiente”.

Estas ressalvas parecem desautorizar o uso amplo da justiça como equidade como fundamento para políticas redistributivas fundadas em critério sociocultural.

É correto afirmar que a teoria rawlsiana esforça-se para anular diferenças de acesso aos bens primários baseadas no acaso e nas contingências naturais, dentro das quais se acomodam perfeitamente raça, sexo e idade. Por outro lado, isso não significa que estes elementos encontrem em Rawls (2002) importância singular a orientar prioritariamente a distribuição de direitos, liberdades e riqueza.

Aliás, Brito Filho denota a problemática da aplicação direta da teoria de justiça de Rawls às questões relacionadas às políticas de ação afirmativa. De acordo com este autor (BRITO FILHO, 2016, p. 46):

Talvez o maior problema em utilizar a teoria da justiça como equidade de Rawls, diretamente, na questão das ações afirmativas, esteja na questão dos grupos vulneráveis.

Em relação a esse último aspecto: a pouca importância que grupos vulneráveis recebem, Rawls deixa claro, em sua justiça como equidade, que a análise é feita considerando ‘posição de cidadania igual e dos vários níveis de renda e riqueza’. Abre espaço, não obstante, para, em certos casos, ocorrer a consideração de outras posições, exemplificando com a diferença de gênero, ou com as decorrentes de

castas, de raça ou de etnia, o que, para o autor, entretanto, complicaria a aplicação dos princípios de justiça. Isso, todavia, não é suficiente para definir a distribuição dos recursos ou dos bens primários, como denomina o autor, a partir da necessária ideia de diversidade humana e das situações de exclusão que essa diversidade ocasiona.

São notórias as críticas de que a teoria de Rawls (2002) não é suficientemente igualitária. E, neste particular, tem especial importância aquela desenvolvida pelo movimento feminista. Segundo resume Gargarella (2008, p. 64-65),

Essa crítica feminista aparece como uma crítica global, direcionada aos pressupostos, valores e objetivos do pensamento rawlsiano. A ‘teoria da justiça’, segundo essa postura, é insuficientemente igualitária por não se decidir em pensar nos indivíduos como fazendo parte de grupos (o grupo das mulheres, por exemplo); por não dar espaço para a ‘história’ (uma ‘história de opressão’, por exemplo) nas reflexões sobre a justiça; por não se concentrar na ideia de ‘escolhas’, sem pensar nas qualidades dessas escolhas (assumindo, por exemplo, que as mulheres optam por algo quando, na verdade, não têm opções reais); e, suma, por seu caráter abstrato e teórico demais – representar, assim, uma concepção absolutamente distante do que ocorre com as pessoas de carne e osso, todos os dias.

Ao passo que se reconhece a limitação da justiça como equidade para lidar com os elementos socioculturais e, sobretudo, para fundamentar políticas distributivas sensíveis a eles; deve-se deixar claro que não há incompatibilidade entre tais políticas e a teoria de justiça concebida por Rawls (2002).

A justiça como equidade tem o mérito irrefutável de introduzir a igualdade como ideal político relevante; e mais, de regular as desigualdades sociais e econômicas sempre em favor daqueles que se encontram em situação mais desfavorável; e de impor ao Estado um papel redistributivo.

A partir do liberalismo igualitário inaugurado por Rawls (2002), foi possível a construção de uma versão mais ampliada da justiça distributiva, para usar uma expressão de Brito Filho (2016, p. 47), que fornece de forma mais satisfatória e explícita os fundamentos das políticas redistributivas focadas nas desigualdades preponderantemente socioeconômicas, em especial as ações afirmativas. Dworkin e Sen, enquanto integrantes dessa tradição, contribuíram decisivamente para que o liberalismo igualitário

aprimorado amadurecesse e enfrentasse com êxito as demandas decorrentes das desigualdades marcadamente socioculturais.

CONCLUSÃO

A esta altura do trabalho, a título de conclusões, cabe resgatar as assertivas fundamentais que decorrem da exposição feita:

a) As desigualdades que marcam as sociedades capitalistas são complexas, na medida em que envolve múltiplos fatores e formas de manifestações. Entretanto, é possível identificar que, em dados contextos, há proeminência de elementos econômicos e, em outros, prevalecem elementos culturais.

a) A progressiva assunção pelo Estado de obrigação de promover a igualdade substantiva dos membros de grupos vulnerabilizados pela pobreza e também por razões culturais como raça, etnia, idade e sexo.

b) A teoria da justiça como equidade, de John Rawls, fornece as bases teóricas para políticas redistributivas voltadas a elevar a condições dos membros menos favorecidos da sociedade;

c) A teoria da justiça como equidade, de John Rawls, não fornece de forma satisfatória a fundamentação para políticas redistributivas focadas em critérios socioculturais, embora não seja com elas incompatíveis;

d) O desenvolvimento posterior do liberalismo igualitário inaugurado por John Rawls produziu uma concepção ampliada de justiça distributiva adequada às demandas decorrentes das desigualdades marcadamente socioeconômicas.

REFERÊNCIAS

BRITO FILHO, J. C. M. **Ações afirmativas**. 4. ed. São Paulo, LTr: 2016.

CHAVALLIER, J. J. **As grandes obras políticas**: de Maquiavel a nossos dias. Tradução. Lydia Christina. 4. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1989.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução. Raquel Ramallete. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. Tradução. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOMES, J. B. B. **Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOBSBAWM, E. **A era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

OLIVEIRA, N. **RAWLS**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003

RAWLS, J. **Uma teoria de Justiça**. Tradução. Almiro Pisetta e Nelita Maria Rimoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, B. S. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA JUNIOR, P. I. C. **Ação afirmativa para o trabalhador velho**. São Paulo: LTr, 2010.

PRISÃO PREVENTIVA E MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LEI 12.403/11 NA COMARCA DE FRANCA-SP

PREVENTIVE DETENTION AND ALTERNATIVE MEASURES CAUTIONARY: A CONSEQUENCES'S ANALYSIS OF THE LAW 12.403/11 IN FRANCA DISTRICT COURT

Gustavo Lelles Menezes *

Paulo César Corrêa Borges **

SUMÁRIO: Introdução. 1 O regime jurídico da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas introduzido pela Lei 12.403/2011. 2 análise dos reflexos da Lei 12.403/2011 no âmbito da comarca de Franca. 2.1 Metodologia da pesquisa empírica. 2.2 Medidas cautelares em números. 2.3 Do cotejo entre o decreto prisional preventivo e a sentença prolatada: a (in) existência de proporcionalidade. 2.4 Da fundamentação das decisões: a retórica da ordem pública. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Lei 12.403/2011 procedeu a importantes alterações na seara processual penal, mais especificamente no âmbito da prisão e liberdade. Dentre as inúmeras alterações promovidas, desponta a introdução de medidas cautelares diversas da prisão. Todavia, mesmo diante de tais inovações, passados mais de seis anos da vigência da referida lei, o número de decretos prisionais preventivos é exorbitante, conquanto 40 % da população carcerária do Brasil (terceira maior do mundo) é formada por presos provisórios. Ao que parece, a lei das medidas cautelares encontra resistência no que se refere à sua aplicação pelo judiciário. Isso denota que no campo material à prisão preventiva não foi deferido o caráter de excepcionalidade como preceitua a *mens legis*, porquanto prevalece como a medida cautelar mais aplicada. A pesquisa objetivou verificar qual o entendimento do judiciário francano quanto a aplicação da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas à luz dos postulados da Lei 12.403/11, por meio de uma análise quantitativa e qualitativa das decisões proferidas nos processos criminais envolvendo o crime de furto (art. 155, CP) sentenciados no período compreendido entre 01/09/2016 a 01/12/2016. Os resultados demonstraram que na comarca de Franca à prisão preventiva não foi conferido o caráter excepcional. Trata-se de pesquisa empírica, na qual utilizamos o método de abordagem dialético.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Medidas Cautelares Alternativas. Franca.

ABSTRACT: *The Law 12.403 of 2011 preceded important changes in criminal procedural law, more specifically in prison and liberty. Among many chances made, stands out the introduction of*

* Mestrando no PPG-DIREITO da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (2017). Foi aluno Especial do PPG-DIREITO da UNESP (2017). Pesquisador PIBIC- ICSB/UNESP no período de 2016/2017 na área de Direito Processual Penal. É membro do NETPDH (Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos). Estagiário Docente na disciplina de Direito Penal III da UNESP (2019). Advogado.

** Bacharel, mestre e doutor em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e professor assistente-doutor vinculado ao Departamento de Direito Público da UNESP.

Artigo recebido em 22/10/2019 e aceito em 17/12/2019.

Como citar: MENEZES, Gustavo Lelles; BORGES, Paulo César Corrêa. Prisão preventiva e medidas cautelares alternativas: uma análise dos reflexos da Lei 12.403/11 na comarca de Franca-SP. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 21, n. 34, p. 351-377. jan/jun. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

precautionary measures different from prison. However, even with those innovations, after seven years of this law, the number of prison decree is exorbitant, although 40% of Brazil's prisional population (world's third largest) is formed by provisional prisoners. It seems that the law of precautionary measures faces resistance on its application by the Judiciary. Meaning that on factual field it was not granted the exceptionality character as the law tells, prevailing as the most precautionary measures applied. The present article has objected to verify which is the understanding of Franca district court about the application of preventive detention and alternative measures cautionary in the light of Law 12.403 of 2011, through a quantitative and qualitative analysis of decisions uttered on criminal prosecutions which judge the crime of theft (article 155 of Criminal Law) from 09/01/2016 to 12/01/2016. The results demonstrated that in Franca the preventive detention was not granted as an exceptional character. It is a empirical resarche in wich we use the dialectical method.

Keywords: Preventive Detention. Alternative Measures Cautionary. Franca.

INTRODUÇÃO

Após o processo de redemocratização, por meio da promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil se definiu como um Estado Democrático de Direito. Todavia, a despeito de tratar-se de uma Constituição garantista, pautada na tutela dos bens jurídicos mais caros ao indivíduo, tais como o *ius libertatis* – direito fundamental de primeira dimensão – mostrava-se (e ainda mostra-se) necessário alterações nas legislações penais infraconstitucionais, em virtude do ranço inquisitorial e punitivista que circunda o ordenamento jurídico brasileiro.

É justamente nesse contexto que se insere o Código de Processo Penal. Influenciado pelas disposições do “Código Rocco”, dispunha de apenas duas alternativas cautelares, quais sejam, a prisão preventiva ou liberdade provisória. Tal dicotomia submetia o réu ao céu ou ao inferno: preso cautelarmente em condições inexoravelmente desumanas, ou livre do inferno que são as cadeias brasileiras (AMARAL; SILVEIRA, 2011, p. 67). Destarte, o antigo modelo das cautelares era inspirado em uma estrutura inquisitorial de um sistema de justiça criminal carente de respaldo constitucional (OG FERNANDES, 2011, p.134).

O advento da Lei 12.403/11, que, dentre outras coisas, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão, se deu como uma tentativa de mitigar tal realidade. Contudo, “o gesto dos que fazem parte do sistema de justiça, especialmente do Poder Judiciário, não faz o mesmo movimento e talvez nem o gesto do legislativo tenha a eficácia para fazer tal aproximação” (BOUJIKIAN, 2013), o que nos leva a questionar a efetividade da referida legislação.

Conforme lecionava Goldschmidt (2002) “a sistemática das medidas cautelares penais pelo potencial coercitivo e pelo estilo sumário que exibem, é uma espécie de termômetro por intermédio do qual se mede o grau de autoritarismo ou a vocação mais liberalizante do sistema processual”.

O caso brasileiro se mostra alarmante, dado o crescimento da população carcerária que atualmente remonta 726.712 presos, colocando o Brasil como dono da terceira maior população carcerária mundial. Da totalidade dos encarcerados, 40% estão presos provisoriamente (BRASIL, 2016).

Não há dúvidas acerca do estado de hipertermia do sistema processual penal brasileiro, lançando mão à metáfora utilizada pelo autor alemão. Ao que parece, a nova lei das medidas cautelares ainda encontra resistência no que se refere a sua aplicação pelos operadores do direito.

Tal realidade permite inferir que existe uma lógica perversa que preceitua a presunção de culpabilidade e que promove a segregação, o que culmina em enxergar o acusado não como sujeito de direitos, mas como um instrumento processual utilizado para alcançar a verdade real: é a coisificação do réu.

As instituições componentes do sistema penal brasileiro, tem se perpetuado como um aparato repressivo predominantemente cautelar, a despeito das inovações originadas pela Lei 12.403/2011, que traduzem a ratificação da excepcionalidade das prisões cautelares. Isso denota o desvirtuamento de sua natureza, porquanto figuram como ferramentas de punição e manutenção da ordem pública e não como instrumentos de efetividade do processo penal.

Os presos cautelares se encontram em situação extremamente singular, pois estão em algum lugar entre a pretensão punitiva do Estado e a presunção de inocência. A grande questão é que a despeito de serem detentores desta garantia constitucional, são subjugados aos horrores do cárcere. Nessa senda, existe clara contradição entre os mandamentos constitucionais do nosso ordenamento jurídico – que contribuíram para a formação de um sistema processual penal sustentado por princípios de índole claramente liberal – e os números do sistema carcerário, especificamente no que respeita à quantidade de presos provisórios. Por isso, o consagrado postulado jurídico, segundo o qual “o encarceramento provisório é medida excepcional”, é desmentido todos os dias pela realidade do judiciário brasileiro.

Além disso, o convívio social é permeado por uma cultura do medo, imposta pela chamada sociedade de risco, situação explorada pela mídia, que por sua vez, promove a espetacularização de determinados fatos criminosos, de modo a propiciar o surgimento de uma insegurança social extremamente contagiosa, o que culmina na aceitação do aumento de decretos de prisões preventivas, fundamentados pelos juízes com fulcro na luta contra a delinquência; exemplaridade; no restabelecimento da confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico; no clamor público; e entre outras “razões” que nada tem a ver com a finalidade das medidas cautelares, culminando em prisões questionáveis, desde o ponto de vista jurídico constitucional como da perspectiva político criminal (LOPES JUNIOR; MORAIS DA ROSA, 2015).

Trata-se, por conseguinte, de fenômeno preocupante, tendo em vista que apenas contribui para a criação de falsas “soluções” pautadas no senso comum e que desencadeiam a disseminação de discursos autoritários que fogem à lógica dos mandamentos constitucionais.

De maneira nenhuma o Poder Judiciário deve se distanciar de um processo judicial alicerçado no princípio do contraditório e nas garantias fundamentais, de modo a se inclinar para a conversão sistemática e massiva das prisões em flagrante em prisões cautelares. Não se pode admitir uma seletividade no sistema punitivo, em que determinada parte da população é criminalizada. Caso contrário, a razão de ser do sistema processual penal se transfigura em violações de direitos fundamentais.

Isto posto, a presente pesquisa vislumbra analisar o perfil de funcionamento das instâncias judiciais repressivas na comarca de Franca, de modo a analisar se de fato à prisão preventiva foi conferido o caráter excepcional, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, frente à introdução de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva.

1 O REGIME JURÍDICO DA PRISÃO PREVENTIVA E DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS INTRODUZIDO PELA LEI 12.403/2011

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, por meio da qual, no curso da investigação policial (fase de inquérito) ou mesmo no trâmite processual, o magistrado decreta a condução coercitiva do acusado ao cárcere, antes mesmo do trânsito em julgado de uma eventual decisão judicial condenatória.

Para que seja possível a decretação da prisão preventiva é necessária a presença de requisitos essenciais, considerados inerentes às medidas cautelares: o *fumus comici delicti* e o *periculum libertatis*.

Tais requisitos consistem na certeza material do crime e nos indícios de autoria, bem como no risco que a situação de liberdade do acusado pode oferecer ao andamento processual, à vítima e à sociedade.

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou no curso do processo penal, sendo certo que somente nesta última ocasião é que ela poderá ser decretada de ofício pelo juiz.

Conforme o comando do artigo 313 do CPP, a prisão preventiva, via de regra, somente poderá ser decretada diante da ocorrência de crime doloso punido com pena máxima privativa de liberdade superior a quatro anos.

Todavia, tal regra comporta exceções nos casos de reincidência; violência doméstica familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo, ou pessoa com deficiência; e em caso de dúvida sobre a identidade civil do acusado ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Importa consignar que a decretação da prisão preventiva, além dos requisitos acima expostos, está condicionada à consecução de algumas finalidades, previstas no artigo 312 do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A Lei 12.403/11 é tida como um marco divisório no que se refere à temática da prisão e liberdade, porquanto promoveu mudanças significativas no que toca às medidas cautelares pessoais.

Primordialmente, pode-se citar a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, que estão descritas no rol do artigo 319, do CPP: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o

investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

A introdução das medidas cautelares alternativas, reserva à prisão preventiva aplicação subsidiária, ou seja, somente nos casos imprescindíveis. É o que dispõe o artigo 282, §6º, do CPP (também resultado das alterações trazidas pela Lei em comento), ao asseverar que a prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por alguma das medidas cautelares alternativas, previstas no artigo 319, do CPP. Vale dizer, a inadequação das outras medidas previstas no supradito artigo de lei é também um requisito para o decreto da prisão preventiva (BOTTINI, 2011).

Destarte, evidente que por meio da nova sistemática das medidas cautelares pessoais, foi reafirmado o caráter subsidiário e excepcional da prisão preventiva, de maneira a defini-la como *ultima ratio*.

Todavia, apesar dos esforços do legislador para mudar a realidade do encarceramento em massa os dados obtidos através de pesquisas de monitoramento do sistema carcerário nacional, evidenciam que a introdução de medidas cautelares alternativas à prisão não produziram o efeito esperado, ou seja, não se vislumbrou a redução do número de decretos de prisões cautelares no Brasil.

Muito pelo contrário, o uso abusivo da prisão preventiva pelo judiciário brasileiro subsiste, de forma que é ela a principal medida cautelar aplicada, mostrando-se claro que as cautelares alternativas à prisão não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal.

O que agrava esse quadro, é que a prisão preventiva continua sendo aplicada a uma significativa parcela de acusados que ao fim do processo ou são condenados ao cumprimento de pena em regime aberto, ou a penas restritivas de direitos, ou ainda determina-se sua absolvição (BORGES, 2017).

As assertivas são corroboradas ao compararmos os índices de presos provisórios antes e depois da entrada em vigor da lei das medidas

cautelares. Nessa esteira, é que no ano de 2011 (ano da reforma legislativa), segundo dados do Infopen, o sistema penitenciário brasileiro contava com 514.582 encarcerados, dos quais, cerca de 173.818 eram presos provisórios. Tal quadro já revelava o referido abuso na utilização da preventiva como cautelar mais utilizada, porquanto ao observar esses números é possível perceber que já àquela época 34% da população carcerária foi enviada à prisão com vistas ao cumprimento de medida cautelar (BRASIL, 2014).

Ocorre que, no ano de 2016, tanto a quantidade de encarcerados em números absolutos quanto a porcentagem de presos provisórios cresceram vertiginosamente. Nessa esteira, conforme dados de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o sistema carcerário brasileiro conta com 292.450 mil presos provisórios, representando 40% da população carcerária total, estimada em 726.712 pessoas encarceradas (BRASIL, 2017).

Destarte, os objetivos da reforma legislativa não foram alcançados, de maneira que a proporção de prisões provisórias aumentou após o advento da lei 12.403/11.

2 ANÁLISE DOS REFLEXOS DA LEI 12.403/2011 NO ÂMBITO DA COMARCA DE FRANCA

Franca se localiza no interior do Estado de São Paulo e, segundo dados do IBGE de 2017 (IBGE, 2017), sua população estimada é de 318.640 habitantes. De acordo com um levantamento feito pela consultoria Macroplan, Franca ocupa o posto de 5ª melhor cidade para se viver no país. O estudo levou em conta a evolução dos indicadores nas áreas de educação, saúde, segurança, saneamento, população e economia entre 2005 e 2015 (INFOMONEY, 2016)

Todavia, a despeito da existência da vigilância de tais indicadores sociais, não há notícia da monitorização e sistematização de dados concernentes ao número de decretos prisionais preventivos na comarca, nem mesmo índices relativos à aplicação do uso das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

É justamente dentro desse contexto que surgem as indagações: prende-se muito na Comarca de Franca? Prende-se corretamente?

Em que pese seu caráter excepcional, percebe-se, na atualidade, um uso demasiado da prisão preventiva no âmbito nacional, assim, uma vez que

a Lei 12.403/2011 passou a vigorar no dia 04 de julho de 2011 e, passados mais de 6 anos de sua vigência, conveniente averiguar sua aplicação.

Medidas mais brandas e menos gravosas passaram a ser previstas em tal legislação, de maneira a evitar transtornos ainda maiores que seriam causados com a privação da liberdade.

Diante de tal contexto, elaborou-se um estudo mais detalhado a respeito da temática da aplicação da prisão preventiva à luz dos postulados da Lei 12.403/2011 no âmbito do judiciário francano, cujos parâmetros, metodologia e resultados se expõem a seguir.

2.1 Metodologia da pesquisa empírica

A pesquisa consiste numa análise quantitativa e qualitativa do fenômeno da prisão preventiva no município de Franca. Buscou-se atender a três objetivos específicos: o primeiro consiste em analisar se de fato a prisão preventiva foi conferido o caráter excepcional, após a entrada em vigor da Lei 12.403/2011, frente à introdução de medidas alternativas à prisão preventiva; o segundo foi a análise qualitativa das decisões judiciais, destacando-se as justificativas que as embasaram.

O material de estudo para elaboração do panorama dos decretos prisionais preventivos foram as ações penais sentenciadas entre 01/09/2016 a 01/12/2016, envolvendo os casos referentes às condutas tipificadas no artigo 155 do Código Penal.

O recorte do espaço amostral se justifica pelas razões a seguir expandidas. A primeira delas é que uma análise geral de todas as ações propostas na comarca desde o implemento da Lei 12.403/2011 seria demasiadamente complexa e inviável de ser concluída, tendo em vista a existência de vasto número de processos envolvendo o crime de furto. Ademais, não há um banco de dados municipal que contenha as informações sobre todos os processos relacionados a decretos de medidas cautelares, sendo necessária a pesquisa minuciosa no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que tornaria o estudo mais propenso a conter dados inconsistentes.

No que se refere ao tipo penal escolhido para análise, cabe ressaltar que em que pese haver circunstâncias que o qualifiquem, trata-se de crime que não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, além do que o preceito secundário da norma não prevê sanções elevadas.

A seleção temporal, por sua vez, se justifica em razão de traduzir momento posterior à edição da Lei 12.403/2011- cerca de 6 anos após a edição da referida legislação- o que configuraria tempo mais que suficiente

para haver a sua “digestão jurídica” e conseqüente efetiva aplicabilidade. Ademais, ao mesmo tempo, denota momento mais próximo em relação à realização desta pesquisa, de maneira a evidenciar o atual pensamento e postura do judiciário francano.

Quanto à elaboração propriamente dita do banco de dados, trabalhou-se da seguinte forma.

Por primeiro, foi acessado o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mais especificamente a ferramenta de busca online chamada E-Saj (<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>). Ato contínuo, utilizou-se o ícone “consultas de Julgados em 1 Grau”, disponível no menu da supradita ferramenta de busca online. O acesso ao referido ícone proporcionou o direcionamento à tela denominada “Parâmetros de Consulta”, em que são disponibilizados diversos filtros de pesquisa, em que se deve inserir informações atinentes a cada um desses filtros, com o intuito de direcionar os resultados da pesquisa e, conseqüentemente, selecionar os processos julgados em 1 grau, de acordo com os objetivos da pesquisa. Os filtros disponibilizados são: “pesquisa livre”, “número do processo”, “classe”, “assunto”, “magistrado”, “data”, “vara”, “ordenar por data crescente ou decrescente”.

Nesse ínterim, no campo “assunto”, foi selecionado o ícone “crimes contra o patrimônio” e foram selecionadas algumas das modalidades do crime de furto previstas no artigo 155 do Código Penal, quais sejam, furto simples e furto privilegiado.

No campo “data” foi inserido o lapso temporal a que a pesquisa se prestou a analisar, qual seja de 01/09/2016 até 01/12/2016. Já no campo “vara”, foram selecionadas todas as Varas Criminais da Comarca de Franca, quais seja, 1ª Vara Criminal, 2ª Vara Criminal e 3ª Vara Criminal. Todos os outros campos permaneceram em branco.

Realizados tais parâmetros de pesquisa, o sistema e-saj encontrou um total de 88 (oitenta e oito) processos judiciais. Com o número dos processos em mãos, procedeu-se à pesquisa das informações essenciais aos processos criminais, o que foi realizado através do serviço de “consultas processuais” também disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nada obstante, dentre o total de processos criminais encontrados, 23 (vinte e três) não foram analisados pelas seguintes razões: 13 (treze) deles por motivos de tratarem de crimes diversos do objeto desta pesquisa; 10 (dez) deles por motivos de insuficiência de informações na página disponibilizada pela ferramenta e-saj.

Dessa forma, iniciou-se o estudo com um total de 88 ações, no entanto, devido aos entraves acima citados, foram analisados e classificados efetivamente 65 (sessenta e cinco) processos judiciais representativos daqueles sentenciados entre 01/09/2016 a 01/12/2016.

A análise se restringiu às ações que tramitaram no primeiro grau de jurisdição, não sendo objeto da pesquisa eventual continuidade em grau recursal.

A coleta de informações referentes a cada processo judicial ocorreu por meio do preenchimento de um formulário. Pode-se aduzir, portanto, que houve um estudo de casos que visou responder como se desenvolve o cenário dos decretos prisionais preventivos em detrimento das medidas cautelares alternativas à prisão, tema extremamente contemporâneo e de grande relevância.

Dentre os quesitos analisados elencam-se: a)- o número de decretos prisionais preventivos; b)- o número de decretos determinando a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão; c)- os fundamentos que embasaram a prisão preventiva; d)- se a fundamentação estava pautada no caso concreto; e)- o comando sentencial em relação à medida cautelar imposta no curso do processo.

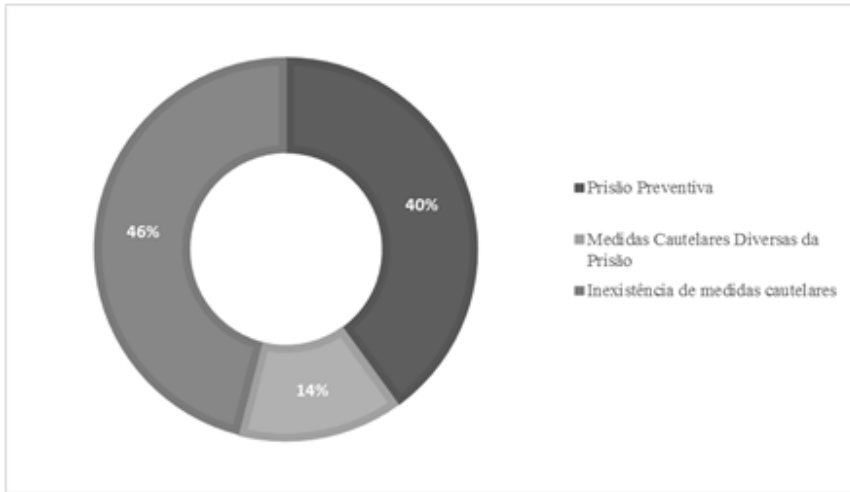
2.2 Medidas cautelares em números

Como já explicitado de 01/09/2016 a 01/12/2016 foram sentenciadas, na comarca de Franca, 88 ações penais que envolviam a prática do crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal. Todavia, pelos motivos já aduzidos, esta pesquisa apenas analisou 65 processos judiciais, devido às razões já expendidas.

Dentro desse espaço amostral, foram individualizados e quantificados 26 processos em que houve o decreto de prisão preventiva; 09 processos em que os magistrados decretaram medidas cautelares alternativas à prisão preventiva; e 30 processos em que não houve a aplicação de quaisquer medidas cautelares, seja prisão preventiva, seja alguma daquelas diversas do enclausuramento, previstas no rol do artigo 319 do Código de Processo Penal.

O gráfico abaixo permite melhor visualizar a distribuição dos decretos de medidas cautelares no interregno temporal de referência:

Gráfico 1- Utilização das medidas cautelares



Fonte: próprio autor.

Conforme observado no gráfico acima, dentre os processos analisados, em 40% dos casos houve a imposição de prisão preventiva aos réus, em apenas 14% dos casos houve a determinação de medida cautelar diversa da prisão, e em 46% dos casos não houve a imposição de quaisquer medidas cautelares.

Destarte, duas são as conclusões a que se pode chegar. A primeira delas, é que na comarca de Franca existe um altíssimo índice de incidência do uso da prisão preventiva. A segunda conclusão se refere ao fato de que a incorporação e a “digestão jurídica” da Lei 12.403/2011 se encontra a passos extremamente vagarosos.

É dentro desse contexto que é possível aduzir não ser razoável a posição de supremacia assumida pela prisão preventiva perante as outras medidas cautelares, porquanto, notadamente, a Lei 12.403/2011 ratificou a excepcionalidade dessa medida cautelar tão gravosa, capaz de criar efeitos deletérios aos acusados que tem contra si imposta tal medida, a despeito da conservação de sua condição de inocência, consagrada na Constituição Federal.

Infelizmente, ainda persiste um contexto de bipolaridade cautelar, extremamente ostensivo, a despeito das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Vale dizer, ao menos na comarca de Franca, o réu ainda se encontra submetido a uma pernicioso dicotomia: preso cautelarmente ou

livre do inferno das cadeias brasileiras, tendo em vista o inexpressivo uso dos meios alternativos à prisão preventiva.

Por outro lado, felizmente, o número de decisões que concederam a liberdade provisória sem a imposição de quaisquer ônus superou a quantidade de imposições de decretos prisionais preventivos.

2.3 Do cotejo entre o decreto prisional preventivo e a sentença prolatada: a (in) existência de proporcionalidade.

Fato também analisado diz respeito à relação, dentro do mesmo processo, entre os decretos prisionais preventivos e a determinação contida na sentença prolatada pelo magistrado, notadamente a sua natureza condenatória ou absolutória, bem como a imposição de restrição de liberdade ou não ao acusado preso preventivamente.

Princípio de grande importância para o Direito Penal e Processual Penal e que, inclusive, rege o instituto da prisão preventiva é o da Proporcionalidade, normativizado pelos postulados do artigo 282, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, cedeço que as prisões preventivas somente devem ser decretadas quando observadas sua necessidade e adequação ao caso concreto, em estrita observância ao aludido princípio.

É justamente por isso que, ao vislumbrar a possibilidade de aplicação de tal medida cautelar, o magistrado deve realizar um juízo de valor que consiste, dentre outras coisas, em sopesar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva e o provimento final a ser decretado na sentença.

É que a prisão preventiva possui caráter análogo ao cumprimento de pena em regime fechado, dessa forma, caso o julgador conjecture que sua decisão final não implicará em determinar a restrição da liberdade do acusado, não é razoável e nem proporcional que tal medida cautelar seja decretada.

Por meio da análise dos dados obtidos foi possível inferir que, no âmbito da comarca de Franca, a utilização da prisão preventiva não se restringiu aos casos em que seria provável a condenação dos réus ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado ou até mesmo no semiaberto. Essa afirmação está embasada nos próprios resultados a que esta pesquisa chegou.

Verificou-se que, dentre a totalidade dos processos judiciais em que houve o decreto de prisão preventiva, apenas 1 réu foi condenado ao

regime fechado e 8 réus foram condenados ao cumprimento de pena em regime semi-aberto.

Por outro lado, 14 réus foram sentenciados ao cumprimento da pena em regime aberto ou lhes foram aplicadas penas restritivas de direitos.

Nesse sentido, cita-se o processo nº 0020279-79.2015.8.26.0196, em que o réu permaneceu preso pelo lapso temporal compreendido entre 17/11/2015 a 05/05/2016, todavia a ele foi imposta pena restritiva de direitos.

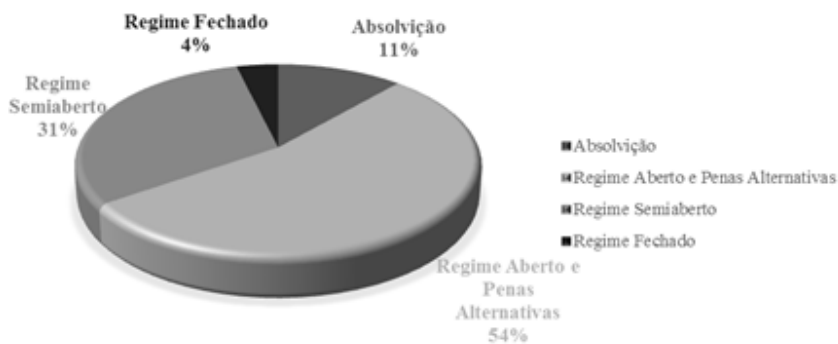
No bojo do processo nº 000011-92.2016.8.26.0908 o réu permaneceu preso preventivamente desde o inquérito policial até a prolação da sentença, ocasião em que o magistrado aplicou penas restritivas de direitos, de modo a determinar a expedição do competente alvará de soltura.

Por mais que o cenário acima relatado possa parecer grave, ele se intensifica consoante a prolação de sentenças absolutórias nesse espaço amostral. É que 3 dos réus que suportaram a imposição de prisão preventiva foram absolvidos ao final do processo.

Evidente a utilização desarrazoada e desproporcional da prisão preventiva.

O gráfico abaixo ilustra os resultados obtidos:

Gráfico 2- Determinação das sentenças



Fonte: próprio autor.

Os processos criminais analisados na presente pesquisa, assim como tantos outros, duraram meses e, em alguns casos até mesmo anos; possivelmente geraram estigmatização, sofrimento, desgraça não somente nas vidas dos acusados como também de seus familiares e amigos.

Em relação àqueles que foram absolvidos e até mesmo em relação àqueles que tiveram contra si a imposição de pena restritiva de direitos, essa série de vilipêndios se acentua em decorrência do erro do judiciário quanto à imposição da prisão preventiva.

É evidente a banalização com que se acusa e com que se suprime a liberdade de um indivíduo ainda considerado inocente por meio do uso abusivo da prisão preventiva.

Observa-se a derrocada do processo penal garantista que, por sua vez, se torna um produtor de misérias. É exatamente o que Carnelutti (1995, p. 63) ilustra em sua obra *Misérias do processo Penal*:

Fato é que esse terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois não se ver nenhuma culpa de quem, seja também sem culpa, tenha turbado e desconsertado a sua vida. São coisas que acontecem, infelizmente; e, ainda uma vez, não há como protestar; mas não deveríamos pelo menos reconhecer a miséria do mecanismo, que é capaz de produzir estes desastres, e também é incapaz de não produzi-los?

Não obstante os preocupantes resultados expostos, constatou-se que nos processos de números 0006038-66.2016.8.26.0196; 0000537-93.2015.8.26.0196; 0000396-74.2015.8.26.0608; 0018471-39.2015.8.26.0196; 0005630-75.2016.8.26.0196, a necessidade da prisão preventiva foi analisada com observância aos requisitos legais, especialmente no que toca aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Destarte, houve o sopesamento entre o provimento final e a possível aplicação da prisão preventiva, de maneira a aduzir pela impossibilidade de decretar tal medida cautelar por se mostrar mais gravosa do que o regime a ser fixado em uma eventual condenação.

Nesse sentido, sintetizando o conteúdo descrito nas deliberações acerca da aplicação de prisão preventiva proferidas nos processos supramencionadas, colaciona-se trecho de decisão prolatada no processo 0000537-93.2015.8.26.0608, no qual o magistrado aduziu que “é cediço que a prisão preventiva é cumprida em regime fechado, enquanto eventual condenação do réu, que é primário

e não ostenta antecedentes criminais, culminará, no máximo em pena privativa de liberdade para cumprimento em regime aberto”.

2.4 Da fundamentação das decisões: a retórica da ordem pública

No que toca à fundamentação das decisões proferidas nos processos criminais objeto desta pesquisa, os argumentos judiciais selecionados para análise foram aqueles previstos no artigo 312 do CPP, quais sejam, conveniência da instrução criminal; assegurar aplicação da lei penal; e garantia da ordem pública. Importa consignar que o argumento “garantia da ordem econômica” não foi analisado e nem mesmo levado em consideração, porquanto não guarda correlação com o crime paradigma.

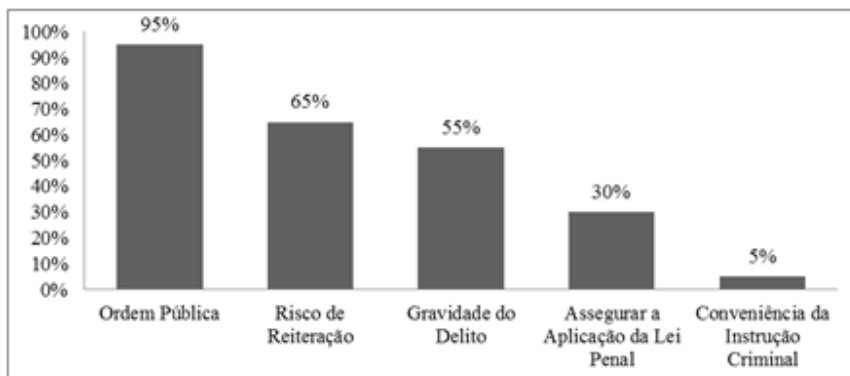
Ademais, além desses fundamentos, analisou-se a incidência de argumentos judiciais que a despeito de não estarem previstos na legislação processual penal, posicionam-se dentro da garantia da ordem pública e são admitidos pela jurisprudência e por parte da doutrina. São eles: risco de reiteração do delito; gravidade (em abstrato) do delito; clamor público; comoção social; manutenção da credibilidade da justiça.

Com efeito, dentre os julgados em que houve o decreto prisional preventivo, em seis deles, pelo fato de não disponibilização no sistema e-saj da decisão que procedeu ao decreto da prisão preventiva, não foi possível realizar análise do conteúdo da fundamentação de tais decisões. Em virtude disso, dentre a totalidade dos 26 processos que envolveram o decreto prisional preventivo, foram analisados 20 processos.

Por primeiro, insta salientar que a despeito da análise da fundamentação das decisões recair sobre 20 processos criminais, este número é ultrapassado na análise dos argumentos judiciais, visto que, por diversas vezes os juízes decretaram a prisão preventiva lançando mão a mais de um fundamento.

O gráfico abaixo ilustra a variação dos argumentos utilizados pelos magistrados na comarca de Franca ao decretarem a prisão preventiva:

Gráfico 3- Fundamentos da prisão preventiva



Fonte: próprio autor

Em números absolutos, 19 decisões estavam pautadas na garantia da ordem pública; 11 decisões na gravidade em abstrato do delito; 6 decisões pautadas em assegurar a aplicação da lei penal; 13 decisões pautadas no risco de reiteração do delito; 1 decisão pautada na conveniência da instrução criminal.

Destaca-se o altíssimo e significativo índice de prisões preventivas decretadas com fundamento na garantia da ordem pública, de modo que tal fundamento se apresenta como o mais utilizado pelos magistrados.

Conforme o gráfico acima, 95% das decisões pautaram-se na garantia da ordem pública. Pode-se observar que na grande maioria dos processos, tal fundamento estava associado com o “clamor público”, “comoção social”, “gravidade do delito”, “risco de reiteração do delito” e até mesmo a “manutenção da credibilidade da justiça”, todos figurando, na visão do julgador, como fundamentos legítimos.

Ocorre que, a garantia da ordem pública se apresenta como conceito extremamente vago, impreciso e indeterminado e que nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais. A não definição do conceito por parte do legislador abre caminho para que o julgador possa invocar os mais diversos sentidos para justificar o decreto da prisão preventiva, quando pautado nesse fundamento.

Na verdade, o que se pode observar é que alicerçados a garantia da ordem pública alguns julgadores desvirtuam a função processual, no sentido de buscar realizar por meio de suas decisões, uma política pública que deve ser exercida pelo Poder Executivo: é quase uma usurpação de poderes. O processo penal não tem a finalidade de garantir a segurança da população,

mas sim analisar o caso em concreto, sem lançar mão a argumentos generalistas, tal como aquele segundo o qual “a gravidade dos delitos de furto tem assolado a população que se vê em situação de total insegurança”.

De início, uma das modificações a serem introduzidas pela Lei 12.403/2011, seria o abandono da ordem pública do rol de fundamentos da prisão preventiva. Todavia, tal intento não logrou êxito, de maneira que prevaleceu a redação original do artigo 312 do CPP.

Lopes Junior (2015) aduz que a não modificação do referido artigo estaria relacionada com a manutenção e ampliação dos poderes discricionários do julgador, por um viés punitivista, de maneira a tratar-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e completamente alheio a uma correspondência de significação.

Dentro desse contexto assevera Machado (2013, p. 585) que:

(...) essa hipótese de decretação da prisão cautelar é mesmo muito controvertida, de um lado porque o seu conceito é notoriamente vago, prestando-se a um uso perigosamente alargado das custodias provisórias; de outro, porque o objetivo da prisão preventiva não é realizar uma prevenção geral ou especial da violência ou criminalidade. Este último objetivo, na verdade, é umas das finalidades do processo principal.

O termo garantia da ordem pública surgiu na Alemanha, nos idos de 1930, momento histórico em que o nazifascismo alcançava seu auge. Nessa época, a intenção do uso desse argumento era claramente “uma autorização geral e aberta para prender” (LOPES, JUNIOR, 2015, p. 647). Hoje, mais de 80 anos após esse lamentável episódio vivenciado pela humanidade, as cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito são recorrentemente utilizadas pelos mais diversos setores da comunidade jurídica, a despeito de todo o arcabouço principiológico que emana da Constituição Federal.

A finalidade da prisão preventiva é a de assegurar a efetividade do processo de conhecimento, garantindo a realização da prova e aplicação da lei penal, e não a de neutralizar as consequências e repercussões do crime. Dessa forma, cediço que a prisão preventiva não tem o condão de promover nenhum tipo de prevenção geral ou especial, sob pena de agir como um instrumento de justiça sumária. Como aponta Sanguiné (2003, p. 114):

(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos

no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico constitucional como da perspectiva político criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

Por esse viés, juízos de valor que levem em conta a personalidade do acusado e seus antecedentes são problemáticos, na medida em que corre-se o risco da realização de análises preconceituosas e totalmente enviesadas por um banal e perigoso julgamento discriminatório, pautado em um insuportável Direito Penal do autor que fere de morte o garantismo penal.

Tem prevalecido a ideia de que a ameaça à ordem pública, em regra, decorre de uma situação que articula a gravidade do crime com a periculosidade ou temibilidade reveladas pelo agente na prática criminosa. Parece ser essa também a orientação do Código de Processo Penal Italiano ao se referir à *circostanze del fatto* e à *personalità dell'imputato* (art. 274, letra c). Deve-se evitar no entanto, para aferição da periculosidade do agente, qualquer juízo a priori, desvinculado do caso concreto, tal como a simples existência de outros antecedentes criminais, o que poderia levar a julgamentos discriminatórios (MACHADO, 2013, p. 587).

Outro aspecto a ser salientado diz respeito à correlação do conceito de ordem pública com a credibilidade da justiça. Não é razoável que seja decretada uma prisão preventiva com o fim de assegurar a boa imagem do aparelho judicial, com vistas a evitar a falta de confiança no judiciário ocasionada pelo abalo da opinião pública.

Trata-se de “pressuposto apócrifo” e “hipótese extralegal que deve ser repelida com toda ênfase” (MACHADO, 2013, p. 588). Não é razoável se fazer crer que a eficiência da justiça penal esteja relacionada ao maior grau repressivo do judiciário. O que se observa são grandes equívocos construídos através de falácias segundo as quais as causas da criminalidade estão simplesmente na personalidade do agente ou mesmo em um brando sistema de justiça penal que não pune o quanto deveria, de maneira mais drástica. Ora, não nos enganemos quanto a tais argumentos desprovidos de análises mais racionais, porquanto as causas da criminalidade estão

diretamente relacionadas com aspectos de índole social e econômica. Nessa esteira, preceitua Machado que:

Tanto as causas da criminalidade quanto os meios de combatê-la deitam suas raízes em fatores socioeconômicos, os quais estão a reclamar uma reforma estrutural não no aparelho repressivo do Estado, mas na própria base material da sociedade, na qual se dão as relações de produção e a distribuição profundamente desigual dos resultados do processo produtivo (MACHADO, 2013, p. 587).

Além disso, o uso da prisão preventiva como meio para garantir a credibilidade da justiça não pode, igualmente não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista os postulados constitucionais que regem nosso sistema, principalmente o processo acusatório. O poder judiciário não tem (ou ao menos não deveria ter) maior ou menor credibilidade levando-se em conta o número de prisões que decreta, mas sim pelo maior senso de justiça que confere aos processos sob sua jurisdição.

Ao utilizar tal motivação para decretar a prisão preventiva, o magistrado se distancia de uma das funções mais dignas de seu ofício, qual seja, o papel de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, e se envereda em caminhos tortuosos que não condizem com suas prerrogativas. Nessa esteira destaca Eros Grau (2008) que:

O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover ação penal pública (artigo, 129, I).

O clamor público também figura como um dos motivos mais recorrentes para a decretação da prisão preventiva quando pautada na garantia da ordem pública. É também um motivo apócrifo, conquanto não tem previsão legal, de maneira que confronta com o Princípio do *Nulla Coatio Sine Legge* (SANGUINE, 2003).

Não raro, o clamor público está associado a um sentimento de vingança e revolta social, o que ocasiona o uso da prisão preventiva como um meio para punir o acusado e saciar esse desejo de vingança que ecoa pela sociedade.

Todavia, tais investidas, quando assumidas pelos aplicadores do Direito, colidem com o Princípio da Presunção de Inocência e da Não Culpabilidade, previsto na Carta Magna brasileira de 1988.

A esse respeito, assevera Ferrajoli (2014, p. 450) que:

(...)essa ideia primordial de bode expiatório é justamente uma daquelas contra a qual nasceu aquele delicado mecanismo que é o processo penal, que não serve, como já afirmei, para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser tidos culpados sem provas.

Nada obstante, o clamor público na sua faceta de “sede de vingança” que advém da sociedade, é um conceito e uma sensação totalmente enviesada, manipulada e as vezes até mesmo criada por uma mídia irresponsável que se utiliza do sensacionalismo para propagar uma sensação de perigo onipresente. Ocorre que, tal sensação desemboca na construção de uma consciência coletiva pautada no ataque às liberdades públicas fundamentais e na ânsia por um aparato penal cada vez mais repressivo. Ou seja, a prisão preventiva pautada na garantia da ordem pública traduzida pelo alarma social está sujeita à manipulação pelos meios de comunicação, de maneira a se apresentar uma opinião publicada travestida de opinião pública.

A esse respeito ensina Machado (2013, p.589) que:

Tais sentimentos de vingança têm sido frequentemente estimulados por uma parte da mídia que ainda teima em disseminar certo sensacionalismo vulgar, claramente incompatível com um regime de liberdades públicas fundamentais. Esse sensacionalismo, no final das contas, serve apenas para maximizar os próprios lucros midiáticos e também para justificar a lógica da repressão violenta, quer mantendo o *status quo* reinante nas sociedades de classes, quer proporcionando satisfação para os mais rebaixados sentimentos de ódio e vingança. O interprete/aplicador da lei, no entanto, deve procurar se manter acima dessas exacerbações sensacionalistas, deve evitar as influências perniciosas de certa mídia que já se constituiu em mensageira da barbárie e franca adversária das liberdades fundamentais.

O risco de reiteração do delito foi um dos argumentos também utilizados para decretar a prisão preventiva em nome da ordem pública, mais especificamente, em 65% das decisões analisadas. Ocorre que esse argumento visa cumprir função tipicamente de polícia do Estado, de maneira que não atende ao objeto e fundamento do processo penal. Ademais, trata-se de inversão da dinâmica constitucional, conquanto

cria-se a presunção da prática futura do delito em detrimento do Princípio da Presunção de Inocência.

Tal situação evidencia uma tentativa impossível de tutela de atos futuros, porquanto detém, o futuro, alto grau de indeterminação e imprevisibilidade.

Outrossim, tal argumento está revestido de inquisitorialidade, uma vez que não possibilita ao acusado a realização de prova em sentido contrário, dado ser impossível provar que futuramente não praticará um delito.

A recíproca também é válida, porquanto não é possível que se produza prova no sentido de que o acusado praticará futuramente um delito, todavia, mesmo assim, é corriqueiro o uso de tal argumento.

Os decretos prisionais preventivos pautados na garantia da ordem pública, sob a faceta do risco de reiteração do delito, tratam-se de um problema relacionado a tentativas de clarividência por parte de certa camada do judiciário, pois está relacionado:

(...) a um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros. A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete *o anseio mítico por um direito penal do futuro*, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível) (LOPES JUNIOR; ROSA, 2015)

Destarte, é possível concluir que a prisão preventiva como garantia da ordem pública, alicerçada em quaisquer dos argumentos analisados, não se enquadra como modalidade de medida cautelar, tendo em vista que não consubstancia a tutela do processo, ostentando a condição de inconstitucionalidade.

No âmbito do Direito Penal e do Processo Penal é de suma importância que os imperativos dos Princípios da Legalidade e da Taxatividade sejam observados, assim é flagrantemente ilegal e inadmissível que haja uma interpretação *in malam partem* acerca da definição de prisão cautelar e garantia da ordem pública que consubstancie a ampliação do conceito de medida cautelar de modo a transfigurá-la em uma espécie de medida de segurança pública.

A prisão cautelar não deve incidir sobre todo o problema da violência e resolver todas as mazelas sociais encontradas no país, garantindo a segurança da população. Isto é papel do Poder Executivo, que deve garantir o policiamento e segurança da população. Ao judiciário cabe a proteção ao processo penal justo.

Por fim, importa tecer considerações acerca da maneira pela qual a maioria das decisões judiciais pautaram os fundamentos que ensejam o decreto prisional preventivo. Não raro, o julgador discorre sobre a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a necessidade da medida para aplicação da lei penal, de maneira extremamente genérica, sem realizar um cotejo entre a correlação de tal instituto e as características do caso em concreto. Vale dizer, a justificativa empregada, é passível de enquadrar-se em muitos outros casos que versem sobre crimes contra o patrimônio, dada a generalidade nos discursos judiciais.

Com o fito de ilustrar tais considerações, colacionamos trecho de decisão proferido no processo n.º 0011996-33.2016.8.26.0196, que determinou a prisão preventiva do acusado:

(...) possibilidade de risco à ordem pública, sobretudo do patrimônio alheio, pelo que necessária a intervenção, por prevenção, do poder judiciário, visando resguardo de direitos dos cidadãos de bem, vítimas que não devem ficar à mercê de empreitadas criminosas reiteradas (...)"

Em outro caso, (Processo n.º 0000287-60.2015.8.26.0608), tanto a Defensoria Pública quanto o próprio Ministério Público pugnaram pela concessão de liberdade provisória ao réu, tendo em vista que a prática do crime de furto não envolveu violência ou grave ameaça contra a pessoa. O julgador, todavia, refutou ambos os argumentos aduzidos pelo *parquet* e pela Defensoria, sob a justificativa de que o crime de furto tem assolado a sociedade com frequência nos últimos tempos, gerando uma enorme insegurança social.

Por isso, aduziu que a prisão preventiva se mostrava necessária para a manutenção da ordem pública, da instrução criminal (informando que o réu já teria demonstrado interesse em fugir, todavia, sem apontar concretamente quais teriam sido tais demonstrações por parte do réu), e até mesmo para evitar o descrédito do poder judiciário perante a sociedade.

A fundamentação genérica e não lastreada nos aspectos concretos do caso também ocorreu nas decisões pautadas no risco de reiteração do delito (55% das decisões); assegurar a aplicação da lei penal (30% das decisões); e a conveniência da instrução criminal (5% das decisões).

CONCLUSÃO

A Lei 12.403/11 é tida como um marco divisório no que se refere à temática da prisão e liberdade, porquanto promoveu mudanças significativas no que toca às medidas cautelares pessoais. Antes de sua vigência, não existiam medidas cautelares que pudessem consubstanciar graus maiores ou menores de restrição de liberdade do acusado, de modo que o juiz se encontrava engessado para proceder às determinações nesse sentido. Por meio do advento da referida Lei, houve, então, a inclusão de medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

As mudanças promovidas pela supradita lei, buscaram não só uma adaptação da sistemática processual penal à nova ordem constitucional, como também uma possível solução à crise do sistema carcerário brasileiro, traduzida, dentre outros motivos, pelo número exacerbado de presos provisórios, porquanto 40% da população carcerária brasileira corresponde a presos provisórios.

A inserção das medidas cautelares alternativas à prisão possui como objetivo proceder à eficácia da investigação criminal e a evitabilidade da prática de novos crimes sem, todavia, privar o acusado de seus direitos constitucionais.

Entretanto, como já elucidado, a despeito de tais inovações, o uso abusivo da prisão preventiva pelo judiciário subsiste, de forma que é ela a principal medida cautelar aplicada, mostrando-se claro que as cautelares alternativas à prisão não foram incorporadas à prática do sistema de justiça criminal.

Por vezes os juízes acreditam que resolverão o risco à segurança pública, encarcerando. Contudo, esse entendimento está completamente equivocado, porquanto, na grande maioria dos casos, o magistrado não vê a realidade social, vale dizer, o que está acontecendo fora das paredes do fórum; de seu gabinete. Existe um grande distanciamento entre o juiz e os atos fenomênicos ocorridos na realidade. O judiciário, sempre encastelado, formado por cortes e palácios, se distancia e muito de uma sociedade que, por sua vez, não mais acredita nele.

Dentro da atual sociedade punitivista é exaltado o juiz que mais se adequa aos anseios inquisitoriais: a prisão. Essa “sede de vingança” é uma sensação totalmente enviesada, manipulada e às vezes até mesmo criada por uma mídia irresponsável que se utiliza do sensacionalismo para propagar uma sensação de perigo onipresente. Ocorre que, tal sensação

desemboca na construção de uma consciência coletiva pautada no ataque às liberdades públicas fundamentais e na ânsia por um aparato penal cada vez mais repressivo.

O judiciário, a seu passo, é conivente e perpetuador dessa situação sempre que prende para garantir a ordem pública; para evitar a reiteração do delito; pautado no clamor público...

A finalidade da prisão preventiva é a de assegurar a efetividade do processo de conhecimento, garantindo a realização da prova e aplicação da lei penal, e não a de neutralizar as consequências e repercussões do crime. Dessa forma, cediço que a prisão preventiva não tem o condão de promover nenhum tipo de prevenção geral ou especial, sob pena de agir como um instrumento de justiça sumária.

Muitos dos embasamentos atrelados à ordem pública que fundamentam os decretos prisionais preventivos são apócrifos, conquanto não têm previsão legal, de maneira a afrontar o Princípio do *Nulla Coatio Sine Legge*.

No caso específico da comarca de Franca, evidenciou-se que o panorama das estruturas repressivas do judiciário, infelizmente, não estão em descompasso com a sistemática punitivista e encarceradora adotada pelo poder judiciário como um todo.

Isso porque, através dos resultados obtidos com base na realização da pesquisa empírica, pôde-se vislumbrar o uso desmedido e desproporcional da prisão preventiva em detrimento da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, introduzidas pela Lei 12.403/2011.

Observou-se, inclusive, que a fundamentação das sentenças pode ser considerada, no mínimo, inidônea, posto que na esmagadora maioria das decisões estavam baseadas na ordem pública e desconexas com o caso concreto.

Aliado a isso, foi possível destacar a incoerência das aplicações dessa medida tão gravosa, que deveria sempre estar pautada em juízos de proporcionalidade, e assim não o foi, porquanto na maior parte dos processos criminais nos quais houve a ocorrência de decretos prisionais preventivos, aqueles réus que foram relegados ao cárcere, ao final do processo, em primeiro grau, não tiveram contra si imposta pena privativa de liberdade em regime fechado.

Destarte, nota-se o uso da prisão preventiva como medida totalmente desproporcional, em descompasso com os ditames da Lei 12.403/2011, e com os postulados constitucionais.

Isso denota o desvirtuamento da natureza da prisão preventiva, pois acabam por figurar como ferramentas de punição e tentativa de manutenção de uma ordem pública indefinida e não como instrumentos de efetividade do processo penal.

O consagrado postulado jurídico: o encarceramento provisório é medida excepcional, é desmentido todos os dias pela realidade.

As “misérias do processo penal”- lançando mão à expressão de Carnelucci- também se fazem presentes em meio ao judiciário francano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, C. P.; SILVEIRA, S. S. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2012.

ARP e CESeC. Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Disponível em: http://www.gecap.direitorp.usp.br/files/Usos_e_abusos_da_priso_provisoria_no_Rio_de_Janeiro_Avaliao_do_impacto_da_Lei_12_4_032011.pdf. Acesso em: 14 jun. 2015

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2006.

BITENCOURT, C. R. **Falência Da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed.. 2 tiragem. São Paulo: 212.

BORGES, A. **Uma proposta de redução do encarceramento preventivo: um passo apara superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/uma-proposta-de-reducao-encarceramento-preventivo-19012017>. Acesso em: 21 set. 2017.

BORGES DA ROSA, I. **Processo Penal brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1942

BRASIL. **Código Penal brasileiro. 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm.

BRASIL. **Código De Processo Penal. 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento de Informações Penitenciárias Atualização Junho de 2016**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN-Dezembro 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS 95.009-4/SP. Relator Ministro Eros Grau, julgamento em 09.07.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantociastf/anexo/hc95009eg.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2019.

BOTTINI, P. C. **Medidas cautelares penais (lei 12.403/11)- Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI136905,31047-Medidas+cautelares+penais+lei+1240311+Novas+regras+para+a+prisao>. Acesso em: 11 set. 2017 CARNELUTTI, F. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução de Jose Antonio Cardinali. 1. ed. Conan, 1995

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: RT

FERNADES, A. S. **O Direito Processual Penal Internacional**. In: FERNANDES, A. S.; ZILLI, M. A. C. (coord.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013

FERNADES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010

FÜHRER, M. R. E. **A nova prisão e as novas medidas cautelares no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 2011

GONÇALVES, A. *Novas regras de encarceramento*. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo, 2011

GRINOVER, A. P. *A reforma do Código de Processo Penal*. **Revista IBCCRIM n. 31/2000**

- LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**, 12. ed. Saraiva, São Paulo, 2015
- LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. II, 7. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JÚNIOR, A. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- LOPES JUNIOR, A.; MORAIS DA ROSA, A. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal- crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 20 jan. 2019. MACHADO, A. A. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013
- MENDONÇA, A. B. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011
- MOUGENOT BONFIM, E. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei 12.403 de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011
- OG FERNANDES *et al.* **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: RT, 2011
- RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004
- WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro, Jorge Zahar ed., 2001
- YAROCHEWSKY, L. I. **Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para combater a crise**. Disponível em: <http://justificando. cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>. Acesso em: 21.jan. 2019
- ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

