

VOLUME 2 - NÚMERO 1
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

VOLUME 2 - NÚMERO 1
EDIÇÃO ESPECIAL - TCCS

REVISTA
CADERNOS DE

DIREITO

EDITOR CHEFE

Prof. Dr. Paulo Campanha Santana

EDITORES EXECUTIVOS

Profa. Dra. Cristina Aguiar Ferreira da Silva

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

EDITOR EXECUTIVO RESPONSÁVEL POR ESTA EDIÇÃO

Prof. Me. Rodrigo Senne Capone

CONSELHO EDITORAL

Ministro Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta

Ministro Prof. Dr. Paulo Dias de Moura Ribeiro

Prof. Me. Fábio Luiz Bragança Ferreira

Prof. Me. João Carlos Souto

PRODUÇÃO EDITORAL

Coordenação do Curso de Direito do UDF

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO

Coordenação do Curso de Direito do UDF

DIAGRAMAÇÃO

Coordenação do Curso de Direito do UDF

APRESENTAÇÃO

É com muita alegria que apresentamos a 3ª Edição Especial da Revista Cadernos de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

Este volume apresenta os Trabalhos de Conclusão de Curso (TCCs) que foram selecionados entre os melhores trabalhos avaliados pelas bancas examinadoras no primeiro semestre de 2020 e indicados para publicação.

Chama atenção a conexão dos temas com a realidade e com os novos desafios enfrentados por uma sociedade em rápida transformação. E o Direito não fica para trás, buscando respostas às demandas que lhe são apresentadas. Para nós, é uma grande satisfação ver o empenho dos docentes e discentes em explorar, em muitos casos, temas novos e desafiadores, sob uma perspectiva crítica que muito contribui para o debate jurídico e social.

E, mais uma vez, o compromisso institucional com a pesquisa e com a formação de profissionais preparados para lidar com uma realidade em constante mudança é evidenciado por intermédio dos trabalhos constantes nesta edição e pelo apoio irrestrito da Magnífica Reitora, Professora Doutora Beatriz Maria Eckert-Hoff.

Parabenizamos as autoras e os autores, bem como as docentes e os docentes orientadores pela produção de trabalhos de alta qualidade, reafirmando a importância da educação transformadora e inclusiva na construção de uma sociedade mais plural e justa. Desejamos que tenham uma caminhada profissional de muito sucesso!

Temos a certeza de que os temas debatidos, os comentários tecidos e as conclusões dos trabalhos aqui apresentados vão propiciar profundas reflexões. Uma excelente leitura!

Professor Me. Rodrigo Senne Capone

Coordenador do TCC do Curso de Direito do UDF

Editor Executivo da Revista Cadernos de Direito

SUMÁRIO

SEÇÃO TCCS:

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO	07
Adailson Xavier Demetrio Santana Patricia e Ferreira dos Santos de Melo (Orientadora: Profa. Dra. Rúbia Zanotelli Alvarenga)	
FRAUDE À LICITAÇÃO: ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE ROBÔ NA ETAPA DE LANCES DO PREGÃO ELETRÔNICO	70
Alexandre Henrique de Almeida (Orientador: Prof. Me. Mário Hermes)	
ESTUPRO VIRTUAL – UM CRIME REAL	92
Ana Carolini Martins Pedrosa e Suzy Gomes Colaço (Orientador: Prof. Me. Alessandro Rodrigues Faria)	
A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NA CÂMARA FEDERAL: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO POLÍTICO ELEITORAL SOBRE O RESULTADO DAS ELEIÇÕES DE 2018	126
Andréa Cangussú André (Orientadora: Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva)	
A (IN)EFETIVIDADE DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS SOB A ÓTICA DA TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RESP. 1.797.175/SP	192
Andressa Layze Severiano Valadares (Orientador: Prof. Me. Carlos Frederico Maroja de Medeiros)	
O ESTADO LAICO E OS CONFLITOS ENTRE LEI E RELIGIÃO	229
Angela Cristina Arruda da Silva (Orientadora: Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva)	
AIRBNB - UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA TRIBUTAÇÃO	283
Fernando Antonio Viana de Mesquita Filho e Silvestre Cunha De Lima (Orientador: Prof. Me. Sandro Guimarães Guilherme)	
ESTELIONATO SENTIMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DE DECISÕES	299
Juliana Alves Pinheiro Tannure Gisele Pereira De Farias Dias (Orientador: Prof. Dr. Sidio Rosa de Mesquita Júnior)	
O PROCESSO DE EXECUÇÃO POR DÍVIDA CIVIL E OS MEIOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO	329
Helbert Bruno Setúbal e Lucas Cavalcante Da Rocha (Orientador: Professor Dr. Thiago Pádua)	
DIREITO SISTÊMICO: O USO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	353
Ingred Castro Brandão e Marta Helena de Almeida Silva (Orientadora: Professora Me. Ana Paula Correia de Souza)	

O CERCEAMENTO DE DEFESA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS FRENTE AO DIREITO DE AÇÃO FACE A AUSÊNCIA DE ADVOGADO	441
Joyce de Oliveira Cecílio Rodrigues Pablo Samora Bonifácio Medeiros (Orientadora: Profa. Me. Paloma Neves do Nascimento)	
COMPLIANCE TRABALHISTA: A CAMINHO DA ÉTICA, DA TRANSPARÊNCIA E DA INTEGRIDADE EMPRESARIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO	488
Natália Oliveira Melo e Vanessa Ferreira dos Santos (Orientadora: Profa. Dra. Rúbia Zanotelli Alvarenga)	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO COVID-19 CONTRAÍDO NO TRABALHO: A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO À SAÚDE FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL	544
Rodrigo Araujo de Miranda e Ronelma Ferreira Carvalho (Orientador: Prof. Dr. Marcelo Bórsio)	
A TEORIA DA POSIÇÃO ORIGINAL EM JOHN RAWLS: A PERCEPÇÃO DO LUGAR SOCIAL DOS BRASILEIROS ENQUANTO SUJEITOS CONSTITUCIONAIS	576
Rudyard Bruno da Silva Rios (Orientador: Prof. Dr. Fábio Liborio Rocha)	

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

Adailson Xavier Demetrio Santana Patricia e Ferreira dos Santos de Melo
(Orientadora: Profa. Dra. Rúbia Zanotelli Alvarenga)

RESUMO: A presente monografia tem o objetivo de demonstrar que a escravidão contemporânea ainda representa uma realidade no Brasil. Para tanto, será demonstrada as raízes históricas e culturais do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, bem como a sua origem, os bens jurídicos tutelados pelo art. 149 do Código Penal e o trabalho escravo como violação ao trabalho decente. Para tanto, serão objeto de estudo os princípios fundamentais do trabalho, demonstrando a importância da sua aplicação frente à violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores pelo trabalho sob condição análoga à escravo. Por fim, buscou-se expor as principais práticas que levam à escravidão, bem como os instrumentos de combate. Em especial, a ação civil pública, por meio da atuação do Ministério Público do Trabalho, uma entidade essencial à função jurisdicional do Estado, com vistas a garantir a verdadeira proteção aos Direitos humanos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo; Princípios fundamentais do trabalho; Direito fundamentais dos trabalhadores; Combate ao trabalho escravo contemporâneo.

ABSTRACT: This monograph aims to demonstrate that contemporary slavery is still a reality in Brazil. To this end, the historical and cultural roots of contemporary slave labor in Brazil will be demonstrated, as well as its origin, the legal assets protected by art. 149 of the Penal Code and slave labor as a violation of decent work. For this purpose, the fundamental principles of work will be studied, demonstrating the importance of their application in the face of the violation of the fundamental rights of workers by work under conditions analogous to slavery. Finally, we sought to expose the main practices that lead to slavery, as well as the instruments of combat. In particular, public civil action, through the work of the Public Ministry of Labor, an entity essential to the jurisdictional function of the State, with a view to guaranteeing the true protection of workers' human rights.

Keywords: Contemporary slave labor; Fundamental principles of work; Fundamental workers' rights; Combating contemporary slave labor.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar o tema do trabalho escravo contemporâneo como violação dos direitos fundamentais do trabalho. Cabe ressaltar que o presente trabalho foi elaborado em três Capítulos, sendo eles: 1) abordagem do estudo sobre o trabalho escravo contemporâneo e direitos humanos fundamentais; 2) aplicação dos princípios fundamentais do trabalho e; 3) o combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Primeiramente, é de suma importância compreender as razões históricas e culturais do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. Se faz necessário um breve estudo sobre o seu surgimento, tendo em vista ser forçoso trabalhar um tema de tamanha relevância sem compreender de fato a sua origem.

Deste modo, aclara nossa memória que o trabalho escravo já vem dos tempos antigos. Certo é que, a modalidade de escravidão do passado era vista apenas com o viés de supressão da liberdade daquele submetido ao trabalho escravo. Pois, naqueles tempos, os escravos eram acorrentados em troncos e sobreviviam em senzalas.

Assim, é muito importante compreender o conceito do que venha a ser o trabalho escravo contemporâneo e suas características, pois, desta forma se torna melhor a compreensão das diversas maneiras que o trabalho escravo contemporâneo viola os direitos humanos fundamentais do trabalhador, bem como os diversos mecanismos de combate a essa chaga, assoladora da vida de muitos trabalhadores.

Ademais, abordaremos no presente estudo o trabalho escravo como violação dos direitos básicos do trabalho. Dessa maneira, o trabalhador que vive em situação de escravidão moderna tem até mesmo os direitos mais básicos do trabalho efetivamente negados. Neste contexto, será objeto de estudo a violação do trabalho decente por meio do trabalho escravo contemporâneo. À vista disso, voltar-se-á um olhar mais ampliado para essa temática da escravidão, não olhando somente com uma visão limitada do que é de fato essa modalidade de trabalho escravo, que por muitas vezes acontece do nosso lado e, por causa de uma visão arcaica e limitada não consegue-se identificar tal prática.

Desde modo, será abordado a aplicação dos princípios fundamentais do trabalho, tais como, dignidade da pessoa, valorização social do trabalho, função social da propriedade e por último, o princípio da justiça social. A análise da aplicabilidade destes princípios basilares do trabalho é de suma importância, pois, quando há a compreensão de tais princípios fica mais cristalino o entendimento da complexidade do tema abordado no presente estudo.

Diante disto, quando uma pessoa é submetida ao trabalho que não oferece o mínimo de condições dignas, ou seja, ambiente insalubre, péssimas condições de transporte, supressão de direitos trabalhistas mínimos, além de ausência de condições de higiene e saúde no trabalho, pode-se observar a negação dos princípios fundamentais do trabalho a este trabalhador.

No capítulo final da presente pesquisa, será analisado o combate ao trabalho escravo contemporâneo. Deste modo, serão analisadas as formas de combate ao trabalho escravo por meio do cadastro de empregadores “Lista suja”. Ver-se-á a importância desta ferramenta e as suas inúmeras revogações; a inspeção no trabalho como forma de combate ao trabalho análogo ao de escravo, tal e qual a atuação do Ministério Público do Trabalho por meio do Termo de Ajustamento de Conduta. Ainda, será demonstrada a eficácia da Ação Civil Pública Trabalhista no combate ao trabalho escravo.

1 TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

1.1 RAZÕES HISTÓRICAS E CULTURAIS DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

O trabalho sempre esteve presente na sociedade, muitas vezes foi considerado como um castigo. A palavra trabalho deriva do termo “*tripalium*” que era um instrumento utilizado para tortura. A exploração do trabalho humano é muito antiga, sendo a escravidão humana a primeira forma de trabalho.¹

O trabalho escravo surgiu no Brasil com a chegada dos Portugueses no

¹ UFRGS. **A etimologia do trabalho.**<Disponível em: http://www.ufrgs.br/ep-sico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm#>. Acessado em: 15 de março de 2020.

continente. Porém, é sabido, que no Brasil já haviam habitantes. As tribos indígenas também mantinham escravos que eram aprisionados e trabalhavam até uma decisão, esses escravos eram prisioneiros de outras tribos ou presos, quando perdiam as guerras.²

Sendo assim, destaca Jairo de Lins Albuquerque Santo- Sé:

O período escravocrata foi realmente uma passagem da história brasileira de triste memória, já que representou a espoliação e exploração dos índios e, principalmente, dos negros que, com seu sangue, suor e lágrima, colaboraram decisivamente para o desenvolvimento do nosso País. Trata-se de um débito que a sociedade brasileira jamais terá condições de adimplir condignamente.³

No passar do tempo a escravização dos índios foi dando espaço para a escravização dos negros. O tráfico negreiro se tornou uma das principais atividades por ser muito lucrativa.

Através da Lei Áurea, assinada em um contexto de pressão política pela princesa Isabel, tivemos a abolição da escravidão. O Brasil foi o último país independente a abolir a escravidão, momento que somente ocorreu após quatro séculos depois de seu descobrimento. Antes da abolição tiveram outras três leis sendo elas: a Lei Eusébio de Queirós; a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários, que somente adiaram a abolição da escravatura.⁴

Infelizmente, após a abolição da escravidão, muitos dos recém libertos continuam a trabalhar para os seus “senhores” em condições análogas a de escravo. Isso acontece pela necessidade de sobrevivência e pela necessidade econômica, que faz com que muitos trabalhadores executem o seu labor em condições degradantes e indignas, estando submetidos a péssimas condições de

² SILVA, Daniel Neves. **Escravidão no Brasil**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadobrasil/escravidao-no-brasil.htm>>. Acessado em: 15 de março de 2020.

³ Sento-Sé, Jairo de Lins Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000, p. 18.

⁴ MACHADO, Livia. **História do Brasil. 128 anos da abolição da escravidão no Brasil**. Disponível em: publicado em: 13/05/2016. <<https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/enem/2016/05/13/noticia-especial-enem,762306/128-anos-da-abolicao-da-escravidao-no-brasil.shtml>>. Acessado em: 15 de março de 2020.

vida e de trabalho.

Nessa perspectiva, Marcelo José Ferlin D'Ambroso acentua que algumas notas distintivas do trabalho escravo na atualidade, denominado trabalho escravo contemporâneo, começam por um rápido comparativo histórico da escravidão de outrora e a submissão dos dias de hoje. Imaginando a condição do escravo antigo, por exemplo, em Roma, Grécia, ou na época da escravatura negra, é nítida a sua descrição como item do patrimônio, vendido, negociado e tratado como tal, ou seja, o escravo como objeto. Já em nossos tempos, o neoescravo ou escravo contemporâneo, produto da exclusão social marginalizadora provocada na exploração do ser humano pelo capitalismo selvagem em práticas neocolonialistas, implica também na condição de objeto, mas com qualidade de item descartável.⁵

Assim, se o primeiro tipo de escravidão considerava o escravo clássico como item patrimonial, recebendo cuidados como patrimônio, apesar da violência da sua sujeição, no segundo sistema de escravidão, o contemporâneo ou neocolonialista, os neoescravos, compostos de pessoas marginalizadas do processo produtivo (de pouca ou nenhuma instrução, formação-qualificação profissional), não recebem cuidados, sendo pessoas no sentido formal, mas sem partilhar bens de consumo nem ter dignidade de atenção à sua saúde, ou seja, materialmente desconsideradas.⁶

Por outras palavras,

escravidão clássica atrai a questão do escravo como direito de propriedade, enquanto que a escravidão contemporânea condiciona o neoescravo como objeto descartável – bem de consumo do capital. O neoescravo não partilha bens de consumo na sociedade, ele é, em si, reduzido a esta condição.⁷

Logo, Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues acentua que a escravidão contemporânea é um problema por muitos ignorado, e há ainda os que a acham

⁵ D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Características do trabalho escravo contemporâneo. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 269.

⁶ D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Características do trabalho escravo contemporâneo. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 269.

⁷ D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Características do trabalho escravo contemporâneo. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 270.

natural, sob o argumento de que é melhor o trabalho degradante do que o não trabalho. Frente ao desemprego, admite-se tudo. Todavia, não se percebe que com esse pensamento de se combater somente o desemprego, a dignidade do trabalhador está sendo vilipendiada.⁸

Portanto, Adriana Letícia Saraiva Lamounier ainda assinala que:

O fantasma da escravidão ainda não está preso nos porões das lições históricas porque seu espírito se alimenta da desigualdade social, da necessidade incessante de acúmulo de riquezas por parte de alguns, em detrimento do sofrimento de seres humanos em condição de miséria.⁹

1.2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL

O termo trabalho forçado ou obrigatório se refere a situação em que o indivíduo é coagido a trabalhar por meio da violência ou intimidação. Esse conceito foi trazido pela Convenção n. 29 da OIT de 1930, que teve como tema abordado o trabalho forçado. A referida Convenção que dispõe sobre a eliminação de qualquer forma de trabalho forçado ou compulsório, em todas as suas formas, foi adotada pela Conferência Geral da OIT, na sua 14ª sessão, em 28 de junho de 1930, e entrou em vigor no plano internacional em 1º de maio de 1932, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957.

Nos termos do item 1 do art. 2º da Convenção 29 da OIT, a expressão trabalho forçado ou obrigatório compreende “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”.

É preciso destacar que o termo mais comum e utilizado é o trabalho escravo que está relacionado com as situações de privação de liberdade, onde há violência

⁸ RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Malounier. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 113.

⁹ RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Malounier. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 113.

armada, coação e trabalho degradante, envolvendo desde uma má alimentação ofertada até a instalações insalubres. Para tanto, com o fim dos escravos como propriedade de alguém, que se deu com a abolição da Lei Áurea, o termo mais apropriado é o trabalho escravo contemporâneo.

Sendo assim, Jairo de Lins Albuquerque Santo-Sé elucida que o trabalho escravo contemporâneo é utilizado pelos empresários rurais para ampliar os lucros às custas da exploração gananciosa dos trabalhadores camponeses.¹⁰

Insta destacar que o Código Penal brasileiro, ao trazer o conceito de trabalho escravo contemporâneo, em seu art. 149, utiliza-se da expressão trabalho análogo à escravidão, que será objeto de análise mais à frente.

Acerca disso, ensina Evanna Soares:

Considerando tal essência do trabalho, ou melhor, do trabalho em condições análogas à escravidão – expressão mais apropriada aos dias atuais em que a escravidão é proibida pelos povos civilizados – tem-se como exploração de mão de obra em tais condições todos os casos em que a dignidade humana é aviltada, notadamente quando o trabalhador é iludido com promessas de bons salários e transportado sem obediência aos requisitos legais, ou impedido de sair do local de trabalho pela vigilância armada ou preso a dívidas impagáveis contraídas perante o empregador, ou, ainda, explorado sem atenção aos direitos trabalhistas elementares, tais o salário mínimo, jornada de trabalho normal, pagamento de adicionais, repouso remunerado e boas condições de higiene, saúde e segurança do trabalho.¹¹

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro, portanto, traz um novo termo, sendo este: “condição análoga à de escravidão” e caracteriza-o como sendo as diversas formas de reduzir alguém a essa condição, veja-se:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravidão, 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:

¹⁰ Sento-Sé, Jairo de Lins Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000, p.27.

¹¹ Revista do Ministério Público do Trabalho. **MEIOS COADJUVANTES DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**. Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho. V 26. p. 34-46 .mar 1991, p.34.

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.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Impende ressaltar que a redação do art. 149 do Código Penal Brasileiro foi atualizado pela Lei 10.803 de 2003. O termo trazido pela referida Lei "*Reduzir alguém a condição análoga à de escravo*" amplia as características do trabalho escravo contemporâneo, trazendo mais garantia e proteção à dignidade da pessoa humana, abstendo-se de evidenciar somente o cerceamento da liberdade para fins de caracterização do trabalho escravo na atualidade.

Conforme elucida Vilma Dias Bernardes Gil:

A escravidão moderna se caracteriza não só pela restrição ao direito de ir e vir do trabalhador, mas, também, pela sua submissão a condições indignas e inseguras nos locais de trabalho e a jornadas exaustivas com violação do seu direito a um ambiente seguro e equilibrado.¹²

Diante disso, Julpiano Chaves Cortez ensina que o trabalho em condição análoga à de escravo é caracterizado não só pela violência (coação física, moral e psicológica) contra a liberdade do trabalhador no exercício de sua atividade laboral, mas também em situações menos explícitas de violação da liberdade, que maculam o seu direito de livre escolha e aceitação do trabalho e suas características, como ocorre na obrigação de se ativar em jornadas exaustivas e/ou em locais com péssimas condições de trabalho e onde imperam condições degradantes ao meio ambiente de trabalho, com abuso e desrespeito ao bem maior do ser humano, que é a sua dignidade.¹³

¹² GIL, Vilma Dias Bernardes. Fiscalização e trabalho forçado. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues (Org.). **A declaração de 1988 da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**: análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014, p. 96.

¹³ CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 18.

Logo, “o trabalho prestado em condição análoga à de escravo é considerado gênero, do qual são espécies o trabalho forçado e o trabalho degradante”.¹⁴

Assim sendo, Rúbia Zanotelli de Alvarenga ensina que “dois bens jurídicos são tutelados pelo Artigo 149 do CPB: *a dignidade e a liberdade*. Estas asseguradas ao trabalhador em qualquer que seja o modo de execução de seu trabalho”.¹⁵

Vê-se, assim, que trabalho escravo é aquele que nega ou que viola os bens jurídicos (princípios e direitos) tutelados pelo Artigo 149 do CPB (a dignidade e a liberdade).

Sob tal prisma, destaca-se a Instrução Normativa 91/2011, que prevê situações que são característicos da condição análoga a de escravo, quais sejam:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

I - A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;

II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;

III - A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;

IV - A restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;

V - A vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

VI - A posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 1º As expressões referidas nos incisos de I a VI deverão ser compreendidas na forma a seguir:

a) "trabalhos forçados" - todas as formas de trabalho ou de serviço exigidas de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente, assim como aquele exigido como medida de coerção, de educação política, de punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente, como método de mobilização e de utilização da mão-de-

¹⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório: convenções 29 e 105 da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2018, p. 134.

¹⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório: convenções 29 e 105 da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2018, p. 135.

obra para fins de desenvolvimento econômico, como meio para disciplinar a mão-de-obra, como punição por participação em greves ou como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa;

b) "jornada exaustiva" - toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em conseqüência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde;

c) "condições degradantes de trabalho" - todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa;

d) "restrição da locomoção do trabalhador" - todo tipo de limitação imposta ao trabalhador a seu direito fundamental de ir e vir ou de dispor de sua força de trabalho, inclusive o de encerrar a prestação do trabalho, em razão de dívida, por meios diretos ou indiretos, por meio de e coerção física ou moral, fraude ou outro meio ilícito de submissão;

e) "cerceamento do uso de qualquer meio de transporte com o objetivo de reter o trabalhador" - toda forma de limitação do uso de transporte, particular ou público, utilizado pelo trabalhador para se locomover do trabalho para outros locais situados fora dos domínios patronais, incluindo sua residência, e vice-versa;

f) "vigilância ostensiva no local de trabalho" - todo tipo ou medida de controle empresarial exercida sobre a pessoa do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho;

g) "posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador" - toda forma de apoderamento ilícito de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho;

Em relação ao trabalho degradante, pode-se considerá-lo como sendo aquele que não respeita os direitos humanos, ou seja, que torna desprezível a condição do indivíduo como humano, sobre a degradação.

Degradação, nas sempre providenciais palavras de Guilherme de Souza Nucci:

Significa rebaixamento, indignidade ou aviltamento de algo. No sentido do texto, é preciso que o trabalhador seja submetido a um cenário humilhante de trabalho, mais compatível a um escravo do que a um ser humano livre e digno. Logo, apesar de se tratar de tipo aberto, depende, pois, da interpretação do juiz, o bom-senso está

a indicar o caminho a ser percorrido, inclusive se valendo o magistrado da legislação trabalhista, que preserva as condições mínimas apropriadas do trabalho humano.¹⁶

Neste aspecto, Julpiano Chaves Cortez conceitua o trabalho degradante da seguinte forma:

Manter a pessoa em condições degradantes de trabalho consiste em submetê-la a péssimas condições de trabalho e de remuneração, é não cumprir as condições mínimas de trabalho, é exigir a prestação de serviços em local de trabalho que não ofereça condições mínimas de higiene, iluminação, ventilação, alimentação adequada, refeitório, água potável, alojamento, instalações sanitárias, lavatórios, chuveiros, vestiários etc., com restrições à autodeterminação da pessoa.¹⁷

Desse modo, conforme José Cláudio Monteiro de Britto Filho:

Se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja a sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, senso, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.¹⁸

Superado o conceito do trabalho escravo contemporâneo ou do trabalho análogo ao escravo, será objeto de estudo a análise do trabalho escravo contemporâneo como violação aos direitos básicos dos trabalhadores e como violação ao trabalho decente, por tratar-se de um ramo do direito que defende os direitos individuais e sociais dos trabalhadores conquistados ao longo do tempo,

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 706.

¹⁷ CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 22.

¹⁸ BRITTO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente**. São Paulo: LTr, 2004, p. 80.

por garantir-lhes a promoção da dignidade da pessoa da pessoa humana do trabalhador e da cidadania nas relações de trabalho.

1.3 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS BÁSICOS DOS TRABALHADORES

Quando se fala em trabalho escravo contemporâneo logo imagina-se que isso é coisa do passado, mas não é bem assim, tendo em vista que segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT, atualmente há cerca de 40 milhões de pessoas submetidas a condições de trabalho escravo contemporâneo no mundo.¹⁹

O trabalho escravo contemporâneo está presente em atividades como a pecuária, na produção de carvão, no cultivo de cana de açúcar, na indústria têxtil, na construção civil e na área urbana.

É preciso destacar que os aliciadores do trabalho escravo contemporâneo, conhecidos como gatos, costumam de aproveitar de pessoas que não tem acesso à terra e com poucos recursos e uma família para se sustentar. Os gatos são responsáveis por aliciar trabalhadores com falsas propostas de emprego. Em geral, são pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, que precisam tanto trabalhar que acabam acreditando nas falsas promessas de emprego e aceitam o emprego indigno oferecido.

Muitas vezes para chegar ao local de trabalho que pode ser na zona rural ou urbana, o trabalhador já assumiu sua primeira dívida com o empregador, por ter que ressarcir o valor da passagem. E chegando ao seu destino, o trabalhador logo percebe que as condições de trabalho são muito diferentes das prometidas pelos aliciadores.

Neste contexto, é de suma importância para o nosso entendimento saber quais são as condições enfrentadas por um trabalhador que vive na condição de trabalho escravo.

O trabalhador submetido a essas condições, costuma viver, a par da servidão

¹⁹ OIT. **O trabalho forçado no Brasil.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_57482/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 16 de março de 2020.

por dívidas, da coação física e psicológica, da violência e maus tratos, do isolamento, do cerceio ao uso de transporte e do apoderamento de documentos e objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de serviço. O trabalho análogo ao de escravo contemporâneo ainda está associado a condições laborais degradantes, quer pela jornada de trabalho exaustiva, tanto na extensão quanto na intensidade, quer pelas péssimas condições relativas ao meio ambiente de trabalho e pelo descumprimento generalizado e sistemático das mais elementares normas tutelares do trabalho.

As condições degradantes de trabalho acima descritas violam os direitos fundamentais do trabalhador, a saber: vida, igualdade, liberdade, privacidade, intimidade, integridade. É notório que, na órbita do Direito do Trabalho há inúmeras Leis que protegem os direitos humanos dos trabalhadores. E, todo este arcabouço legal tem por objetivo limitar o poder do empregador de modo que os direitos do empregado sejam resguardados.

Insta destacar, segundo Julpiano Chaves Cortez destaca que “o trabalho forçado, no Brasil, se dá, mais comumente, pelo regime da “servidão por dívidas”. Nessa situação, o trabalhador se vê subjugado ao patrão, mediante coação física e/ou moral, justificada pela existência de um suposto débito contraído por aquele”.²⁰

No mesmo sentido, elucida Livia Mendes Moreira Miraglia: “No Brasil, o trabalho forçado se dá, mais comumente, pelo regime da “servidão por dívidas”. Nesta situação, o trabalhador se vê subjugado ao patrão, mediante coação física e/ou moral, justificada pela existência de um suposto débito contraído por aquele”.²¹

Sob tal ótica, o direito à vida constitui o cerne de todo complexo de direitos humanos fundamentais que se ligam ao Direito do Trabalho. E é fato que para o Direito só existe pessoa enquanto está viva. Assim, o Direito do Trabalho também protege a vida do trabalhador já que, se na maioria das funções o risco de morte é

²⁰ CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 21.

²¹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A OIT, o trabalho escravo e o trabalho decente: análise sob a perspectiva brasileira. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob a perspectivas trabalhista e penal**. Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 85.

remoto, em algumas ele está sempre presente.

Nessa linha, a Constituição Federal de 1988 assegura no art. 7º, inciso XXII o seguinte:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

É preciso ressaltar que colocar em risco a vida do trabalhador é motivo para rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme preceitua o art. 483, alínea “c” da CLT:

Art. 483 – O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

[...]

c) correr perigo manifesto de mal considerável.

É bem verdade que, a proteção ao trabalhador não se esgota nestes textos legais, sendo assim, toda norma que proteja a saúde, a segurança e a integridade física e psíquica do empregado está tutelando e resguardando a vida do trabalhador. Não existe nada mais agressivo do que submeter alguém às condições de trabalho escravo, obrigando o trabalhador a realizar suas atividades de trabalho sem as mínimas condições de higiene e segurança no ambiente de labor, prejudicando a sua saúde física e mental.

Ademais, no Direito do Trabalho, o direito à igualdade se pronuncia no direito de perceber igual salário, ter oportunidades iguais de acesso e permanência no emprego. Porém, o trabalhador em condições de escravidão contemporânea, vê o seu direito de igualdade sendo arrancado de forma abrupta assim que chega ao local de trabalho, que na maioria das vezes fica em locais distantes e o empregador mostra as suas verdadeiras intenções.

Neste aspecto, de início o direito à liberdade do trabalhador é um dos primeiros direitos a serem violados, tendo em vista que, o trabalhador já chega ao local de trabalho com dívidas inerente aos custos de traslado, alimentação etc. Ao

perceber que caiu em uma enrascada, porque muitas vezes o patrão retém seus documentos e cobra essas dívidas absurdas e ilegais e também cobra o valor das ferramentas de trabalho que o trabalhador usa nas suas atividades, o valor da dívida cresce a cada dia e é descontado de seu baixo salário. Em razão disso, o trabalhador fica sem dinheiro para deixar o emprego e voltar para casa.

A manutenção da dignidade da pessoa humana, a reafirmação do papel do trabalhador como cidadão, passa principalmente pelo respeito aos direitos humanos básicos e fundamentais de todas as pessoas. E a partir do momento que esses direitos sofrem as mais severas violações, quando o trabalhador é submetido ao trabalho escravo, significa que o empregador está reduzindo a sua dignidade a quase nada, desrespeitando e colocando em risco o direito à vida e à existência digna.

Em outras palavras, o que se pugna é a observância da Constituição Federal de 1988, da CLT, da legislação infraconstitucional, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como destaca Adriana Letícia Saraiva Lamounier Rodrigues:

Nada mais ultrajante do que a existência do trabalho indigno, em grau máximo, em um Estado legitimado por uma Constituição fundamentada no valor social do trabalho e no princípio da dignidade da pessoa humana.²²

1.4 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO COMO VIOLAÇÃO AO TRABALHO DECENTE

Para nossa maior compreensão do tema ora em análise, a saber, o trabalho escravo contemporâneo viola o trabalho decente. Por isso, se faz necessário um olhar de forma mais ampliada no tocante ao trabalho escravo contemporâneo, ou seja, não deve ser visto em um contexto restrito como ocorria nos tempos passados que, o trabalho escravo era caracterizado apenas pela restrição da liberdade de locomoção do trabalhador.

²² RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Malounier. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 120.

Pensar o trabalho escravo atualmente, não é pensar em correntes e masmorras, mas, ter à mente humilhações constantes, ambiente insalubre, péssimas condições de transporte, supressão de direitos trabalhistas mínimos, além de ausência de condições de higiene e saúde no trabalho.

Portanto, todas as características mencionadas reduzem o trabalhador à condição análoga à de escravo, considerando que também submetem o trabalhador a situações deploráveis de vida, conseqüentemente ferindo direitos constitucionalmente garantidos. Sob essa ótica, verifica-se que os direitos da personalidade estão sendo gravemente feridos no contexto de trabalho escravo contemporâneo, ainda que, não seja mais apenas a liberdade o foco da restrição, mas também, outras formas de coação, como a ofensa à liberdade de locomoção e a violação à dignidade da pessoa humana.

De igual sorte, para que o aprendizado seja imbuído de exatidão, caracterizar o que significa trabalho decente é de suma importância. Sendo assim, trabalho decente é aquele em que os direitos mínimos do trabalhador são respeitados de modo a preservar a dignidade do trabalhador.

Na lição de Rúbia Zanotelli de Alvarenga, o trabalho deve ser fator de dignidade e de valorização do ser humano, em todos os aspectos de sua vida, seja profissional ou pessoal.²³ Razão pela qual, denota-se trabalho decente:

como um direito humano e fundamental do trabalhador, por assegurar-lhe o acesso aos bens materiais, ao bem-estar, à satisfação profissional e ao completo desenvolvimento de suas potencialidades e de sua realização pessoal, assim como o direito à sua integração social previsto no Artigo 6º da CF/88 – somente pela realização do direito ao trabalho decente, será preenchido o conteúdo reclamado no Artigo 1º, III, e do *caput* do Artigo 170 da CF/88.²⁴

O trabalho decente, ainda de acordo com Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

consiste em um instrumento de realização pessoal e fundamento sobre o

²³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 52.

²⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 52.

qual o homem realiza os seus desejos pessoais, revela a sua criatividade e as suas potencialidades, desenvolve a sua personalidade e torna possível a execução de uma tarefa voltada para o bem de toda a humanidade. O trabalho passa a ser uma atividade desenvolvida pelo homem com o fim último de atender às exigências básicas do ser humano, no plano da realidade material e espiritual, dando à pessoa humana garantia de vida e de subsistência, para que, ao homem, seja oferecido um todo imprescindível a uma vida digna e saudável, encontrando-se ligado não apenas aos direitos da personalidade do ser humano como também à sua afirmação econômica, social, cultural e pessoal.²⁵

O conceito sobre Trabalho Decente também envolve os objetivos da OIT, tendo sido formalizado em 1999, que consistem em respeito aos direitos no trabalho - aqueles declarados em sua Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998, tais como: a liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; a eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.

O reconhecimento do trabalho decente, sob a perspectiva internacional, se dá, portanto, segundo Rúbia Zanotelli de Alvarenga, em decorrência da promoção do trabalho decente que, segundo a OIT, pode ser alcançada pela síntese de quatro estratégias básicas, quais sejam: 1^a - assegurar a garantia dos princípios e dos direitos humanos no trabalho previstos na Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998, que são a liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; a eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação; 2^a - promover a criação de melhores empregos e de oportunidades de melhores salários para mulheres e homens; 3^a - estabelecer a extensão da proteção social; e 4^a - expandir a promoção do diálogo social entre os países integrantes da OIT.²⁶

²⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018, p. 52.

²⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018, p.

Observa-se, assim, conforme Livia Mendes Moreira Miraglia que:

A erradicação do trabalho forçado está consubstanciada na Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho, da OIT, sendo dever de todo país membro preservar e garantir a realização dos direitos fundamentais do homem. Isso significa que todos os países membros da OIT se comprometem a extirpar tal prática de suas fronteiras, independentes de haver ou não ratificado as convenções relativas ao tema.²⁷

Ainda no tocante ao trabalho decente, convém destacar a apropriada visão de José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

É aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade; é o conjunto mínimo de direitos que corresponde: à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais. Negar o trabalho nessas condições é negar os Direitos Humanos do trabalhador; negar os direitos mínimos elencados, é sujeitar o trabalhador a condições de trabalho abaixo do necessário a preservação da sua dignidade.²⁸

José Cláudio Monteiro de Brito Filho fundamenta-se pelo estabelecido na 86ª OIT, em 1998, pela qual se estabelece a promoção de direitos ditos mínimos (básicos) a todo homem-trabalhador. O autor ainda afirma que, como enfatizada na 89ª CIT, de 2001, “garantir o trabalho decente é o primeiro dos objetivos da OIT, no processo de modernização e renovação em que empreende”.²⁹

No dia a dia, vários são os fatores capazes de romper os fios do tecido social de modo a promover a desumanização do trabalho a cada dia. Desse modo, o trabalho Infantil, o trabalho forçado, a discriminação no emprego, a ausência de proteção social e toda ameaça à liberdade sindical e de associação, etc. Tudo isso impede que se alcance um patamar adequado de trabalho decente, que é aquele

54.

²⁷ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A OIT, o trabalho escravo e o trabalho decente: análise sob a perspectiva brasileira. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob a perspectiva trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 79.

²⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente.** São Paulo: LTr, 2015, p. 24.

²⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com Redução à Condição Análoga à de Escravo: Análise a partir do Trabalho Decente e de seu Fundamento, A dignidade da Pessoa Humana. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (COORDS.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: O Desafio de Superar a Negação.** 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 122.

que dá condições de acesso a uma vida com dignidade.

Não obstante a isso, o trabalho decente está associado a uma noção também de empresas sustentáveis e empresas que tenham responsabilidades sociais e ambientais e que sejam fontes geradoras de trabalho com qualidade.

Cabe registrar, por fim, que negar o trabalho decente é subtrair os Direitos Humanos Fundamentais do trabalhador e ferir de morte um dos princípios básicos que norteiam o Direito do Trabalho, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, quando o trabalhador é submetido ao trabalho escravo, na verdade o que acontece é a negação dos direitos básicos dos quais o trabalhador faz jus, pois, quem é tratado de forma análoga à escravidão seguramente não usufrui, ao menos de forma razoável dos seus direitos como trabalhador.

2 A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

2.1 PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONCEITO

Segundo Mauricio Godinho Delgado, os princípios jurídicos conceituam-se “de maneira geral como proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”.³⁰

Para Livia Mendes Moreira Miraglia:

Os princípios expressam e traduzem os valores inerentes a uma determinada sociedade. Vinculam-se às demais normas do ordenamento jurídico, as quais são, inclusive, criadas e interpretadas a partir deles. Assim, ao mesmo tempo em que são inferidos dos valores, necessidades e anseios sociais, são absorvidos pelo sistema jurídico e se reportam àquela sociedade, com o intuito de pautar as condutas humana e estatal.³¹

Leone Pereira preceitua que “princípios são regramentos básicos que fundamentam todo o ordenamento jurídico, um determinado ramo do direito ou um instituto jurídico próprio. São mandamentos de otimização, verdades

³⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 220/221.

³¹ MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 20.

fundantes representando vetores e alicerces do sistema jurídico vigente”.³²

No mesmo sentido, assegura Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso.³³

Verifica-se, assim, que os princípios são a base do sistema jurídico normativo. É o que inspira o legislador a fazer novas leis e o que auxilia o juiz na aplicação e interpretação das normas jurídicas à luz do importante princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos princípios constitucionais do trabalho, assinala Mauricio Godinho Delgado que:

Os princípios e regras de proteção à pessoa humana e ao trabalho constituem parte estrutural da Constituição da República brasileira. Sabiamente, a Constituição de 1988 percebeu que a valorização do trabalho é um dos mais relevantes veículos de valorização do próprio ser humano, uma vez que a larga maioria dos indivíduos mantém-se e se afirma, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa.³⁴

Nesse contexto, serão aqui objeto de análise 4 (quatro) princípios constitucionais do trabalho, a saber: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da valorização social do trabalho; c) princípio da função social da propriedade e d) princípio da justiça social.

Os princípios constitucionais do trabalho, portanto, consoante Mauricio Godinho Delgado:

São eminentemente constitucionais, não apenas porque reiteradamente enfatizados no corpo normativo da Constituição

³² PEREIRA, Leone. **Prática trabalhista**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 45.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p 20.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 30.

da República, mas principalmente por fazerem parte do próprio núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição. São princípios que acentuam a marca diferenciadora do Texto Magno de 1988 em toda a história do país e de todo o constitucionalismo brasileiro, aproximando tal Constituição dos documentos juspolíticos máximos das sociedades e Estados mais avançados, no plano jurídico, na Europa Ocidental.³⁵

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRABALHO

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

De acordo com Mauricio Godinho Delgado:

O princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que o valor central das sociedades, do Direito e do Estado contemporâneo é a pessoa humana, em sua singeleza, independentemente de seu status econômico, social ou intelectual. O princípio defende a centralidade da ordem juspolítica e social em torno do ser humano, subordinante dos demais princípios, regras e medidas e condutas práticas.³⁶

Logo, a dignidade da pessoa humana passa a ser “pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica”.³⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, sendo considerado um princípio fundamental. Sobre este assunto dispõe Ricardo Castilho:

Ser erigida à condição de princípio fundamental foi algo inédito em nosso constitucionalismo e demonstrou a clara reação ao regime então vigente. Significa que a dignidade da pessoa humana constitui valor a embasar todo o ordenamento jurídico pátrio, notadamente no campo da hermenêutica das normas infraconstitucionais. Em suma, a dignidade da pessoa humana é um princípio.³⁸

³⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 31.

³⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 38.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 40.

³⁸ CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.

O princípio da dignidade humana é inviolável, o legislador ao colocá-lo no título dos direitos fundamentais conferiu a ele um valor especial afim de protegê-lo, sendo impossível que tal princípio seja desrespeitado.

Sobre a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, dispõe Ingo Wolfgang Sarlet:

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética [...] em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.³⁹

Seguindo a visão de Mauricio Godinho Delgado, a Constituição Brasileira incorporou o princípio da dignidade humana em seu núcleo e o fez de maneira absolutamente moderna. Conferiu-lhe status multifuncional, mas combinando unitariamente todas as suas funções: fundamento, princípio e objetivo. Assegurou-lhe amplitude de conceito, de modo a ultrapassar sua visão estritamente individualista em favor de uma dimensão social e comunitária de afirmação da dignidade humana. Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano circundante.⁴⁰

Nesse aspecto, assevera Gabriela Neves Delgado:

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.112.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.121.

[...] a Constituição Federal de 1988 garante amplitude temática ao princípio da dignidade, não admitindo que tenha caráter normativo vinculante apenas sob o ponto de vista individual. Pelo contrário, insiste na aplicação multidimensional do princípio a fim de que a pessoa humana possa se afirmar como sujeito de direitos na sociedade circundante. Para tanto, é necessário assegurar intangibilidade dos direitos individuais, assim como a promoção dos direitos sociais para que a pessoa possa de fato afirmar-se em sua dignidade.⁴¹

2.2.2 Princípio da valorização social do trabalho

A valorização do trabalho, especialmente do emprego, consoante Mauricio Godinho Delgado:

É um dos princípios cardeais da ordem constitucional brasileira democrática. Reconhece a Constituição a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social.⁴²

Desse modo, segue autor preceituando que:

a centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária da ampla maioria das pessoas humanas é percebida pela Constituição, que, com notável sensibilidade social e ética, erigiu-se como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social e, por consequência, cultural do país.⁴³

Em relação à valorização social do trabalho, elucidada de forma elucidativa a Carta Encíclica de João Paulo II:

O trabalho humano é uma das características que distingue o homem das demais criaturas, cuja atividade, relacionada com a manutenção da vida, não pode chamar-se trabalho; só o homem é capaz de trabalhar, só ele o pode levar a cabo, enchendo com o trabalho sua existência sobre a terra. Desse modo, o trabalho traz em si um sinal particular do homem e da humanidade, o sinal da pessoa ativa no meio de uma comunidade de pessoas; esse sinal determina sua característica interior e constitui, num certo sentido, sua própria natureza. [...] o fundamento para determinar o valor do trabalho humano não é, em primeiro lugar o tipo de

⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 79.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 30.

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 30.

trabalho que se realiza, mas o direito de quem executa é uma pessoa.⁴⁴

O art. 1º, IV, da Constituição da República brasileira consagra como um de seus fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Sobre esse aspecto, assevera José Cláudio Monteiro de Brito Filho:

Inicialmente, cabe observar que no Brasil, à semelhança das modernas constituições, consagra em seu texto fundamental direitos trabalhistas. Faz isso, principalmente, dentro do título II da Constituição Federal, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no Capítulo II, que versa sobre os Direitos Sociais. Reconhece, dessa feita, os direitos trabalhistas como integrantes dos Direitos Humanos. Tratando dos direitos mínimos que identificamos acima, verifique-se, em primeiro lugar, que um dos fundamentos da República é o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF/88) pelo que o direito a este é uma das bases do próprio Estado.⁴⁵

A valorização social do trabalho consiste na valorização do trabalhador, pois este é considerado o principal agente da economia. Nesse sentido, assevera Rafael da Silva Marques:

a valorização do trabalho humano não apenas importa em criar medidas de proteção ao trabalhador, como ocorreu no caso do Estado de Bem-Estar Social, mas sim admitir o trabalho e o trabalhador como principal agente de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso o capital deixa de ser o centro dos debates econômicos, devendo-se voltar para o aspecto, quem sabe subjetivo, da força produtiva humana.⁴⁶

Logo, o emprego regulado e protegido por normas jurídicas, consoante Mauricio Godinho Delgado, desponta como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até

⁴⁴ RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995, p. 104.

⁴⁵ BRITO FILHO. José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2013, p.57

⁴⁶ MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTr, 2007, p. 115-116

mesmo, ética. É óbvio que não se trata do único veículo de afirmação econômico-social da pessoa física prestadora de serviço, uma vez que, como visto, o trabalho autônomo especializado e valorizado também tem esse caráter. Trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação socioeconômica da ampla maioria das pessoas humanas na desigual sociedade capitalista.⁴⁷

2.2.3 Princípio da função social da propriedade

Segundo Mauricio Godinho Delgado:

A Constituição da República brasileira, em consonância com os princípios da valorização do trabalho e da justiça social – a par do próprio princípio constitucional máximo, da dignidade da pessoa humana -, reconhece o sistema capitalista no país, a propriedade privada dos meios de produção e de qualquer bem material ou imaterial, mas, inquestionavelmente, submete tal propriedade à sua função social e, na mesma medida, função ambiental.⁴⁸

O direito de propriedade, assim como todo direito, é relativo, já que o art. 5º inc. XXII da Constituição Federal de 1988 afirma que a propriedade atenderá a sua função social. Isso significa que, eu não posso fazer o que bem entender com a minha propriedade, ou seja, não é porque a terra é minha que eu vou usar trabalho escravo, poluir o rio etc.

Nas palavras de Edis Milaré,

concebida como direito fundamental, a propriedade não é, contudo, aquele direito que se possa erigir à suprema condição de ilimitado e inatingível. Daí o acerto do legislador em proclamar, de maneira veemente, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.⁴⁹

Neste prisma, a função social é uma condição aos direitos de propriedade. Ela

⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p 36.

⁴⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 36.

⁴⁹ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120.

determina que a propriedade urbana ou rural deverá além de servir aos interesses do proprietário, atender às necessidades de interesses da sociedade.

Desta forma, a função social restringe os direitos de propriedade ao estabelecer que esse direito é limitado pelo respeito ao bem coletivo. O art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz, logo após a garantia do direito de propriedade o inciso XXIII que limita esse direito ao citar que a propriedade privada atenderá a sua função social. Veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
- é garantido o direito de propriedade;
- a propriedade atenderá a sua função social;

Essa limitação consiste na utilização da propriedade urbana ou rural de acordo com os objetivos sociais de uma determinada cidade. A função social impõe limites aos direitos de propriedade para garantir que o exercício desse direito não seja prejudicial ao bem coletivo. Isso significa que uma propriedade rural ou urbana não deve atender apenas aos interesses de seu proprietário, mas também aos interesses da sociedade.

Contudo, o inciso XXIII estabelece apenas que a propriedade deve atender à sua função social, mas os critérios para que isso ocorra são estabelecidos em outros trechos da Constituição Federal de 1988. Diferem para cada tipo de propriedade a função social, das propriedades urbanas é definida no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor de cada município. Como bem aclarado na Carta Maior:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...]
§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Por sua vez, a função social da propriedade rural vem caracterizada no Estatuto da Terra, a saber a Lei 4.504/1964. De acordo com esse estatuto, a propriedade cumpri a sua função social quando é explorada de forma sustentável, que significa utilizar adequadamente os recursos naturais e respeitar a legislação trabalhista. No caso de não cumprimento, o governo federal pode efetuar a desapropriação e redistribuir a terra para fins de reforma agrária, conforme os ditames da Constituição Federal em seu art. 184, *caput*, veja-se:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A Lei nº 4.504/1964, em seu art. 2º, § 1º, estabelece como a propriedade desempenha sua função social, ou seja, o citado artigo demonstra os requisitos que a propriedade está sujeita para que cumpra de fato a sua função social, *in verbis*:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;

mantém níveis satisfatórios de produtividade;

assegura a conservação dos recursos naturais;

observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Desse modo, resta cristalino que a propriedade deverá voltar-se para o bem comum, sendo assim, qualquer que seja a propriedade sempre haverá função social da propriedade, mais ou menos relevante, porém a variável instala-se no tipo de destinação que deverá ser dado ao uso da coisa.

Sendo assim, rememoramos que não há que se falar em propriedade sem que tal direito esteja imbuído de uma destinação ou função social, elemento este

integrante e necessário para sua própria existência. Qualquer tentativa de utilizar-se deste direito para fins egoísticos e danosos à coletividade deverá ser prontamente cerceada.

Maurício Delgado ensina que, ao consagrar o princípio da função social da propriedade, espelha a Carta Magna o princípio da dignidade da pessoa humana, pois enquadra o exercício do direito individual de propriedade sob práticas e destinações afirmatórias do ser humano e dos valores sociais e ambientais. Assim escreve:

É inconstitucional, para a Carta Máxima, a antítese “o lucro ou as pessoas”; a livre iniciativa e o lucro constitucionalmente reconhecidos – e, nessa medida, protegidos – são aqueles que agreguem valor aos seres humanos, à convivência e aos valores da sociedade, à higidez do meio ambiente geral, inclusive o do trabalho.⁵⁰

Ainda de acordo com o autor:

A pura e simples espoliação do trabalho, a degradação das relações sociais, o dumping social configurado pela informalidade laborativa ou pelo implemento de fórmulas relacionais de acentuada desproteção e despojamento de direitos, a depredação do meio ambiente, todas são condutas ilícitas para a ordem constitucional do Brasil – embora muitas vezes toleradas oficialmente quando não mesmo instigadas por normas ou práticas oriundas do próprio Estado.⁵¹

Portanto, como a função social paira acima do direito individual de propriedade, legitimando, inclusive, a expropriação e a socialização da propriedade, com o intuito de realizar aquele princípio, justifica-se a intervenção do Estado na empresa com a finalidade de compeli-la ao cumprimento de sua função social. E, nesse sentido, afirma-se que o princípio da função social da empresa consubstancia-se, diretamente, em um primeiro plano, na garantia de

⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 39.

⁵¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 37.

existência digna aos seus empregados, mediante o cumprimento de seus direitos trabalhistas e na proteção a sua dignidade.

2.2.4 Princípio da justiça social

Ao elencar como fundamento da República brasileira a justiça social, o constituinte quis avigorar o caráter social do Estado Democrático de Direito, sob o qual se edifica uma sociedade pátria.

Segundo Mauricio Godinho Delgado, “o princípio da justiça social dispõe que, independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade”.⁵²

Logo,

O princípio reúne em sua fórmula ampla e imprecisa (a qual certamente responde por seu sucesso) todas as vertentes que entendem, em maior ou menor extensão, que a realização material das pessoas não passa apenas por sua aptidão individual de bem se posicionar no mercado capitalista. Essa realização material depende também de fatores objetivos externos ao indivíduo, os quais devem ser regulados ou instigados por norma jurídica.⁵³

Da leitura dos arts. 1º, IV, e 3º, I e III, é possível concluir que o princípio da justiça social se estabelece como base, fundamento e objetivo do nosso ordenamento jurídico.

Rezam os arts. 1º, IV, e 3º, I e III da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 36.

⁵³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 36.

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

O art. 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988 antevê como uma das metas da ordem econômica a concretização da justiça social. Mais à frente, no art. 193, enfatiza que a base da ordem social brasileira é o primado do trabalho – leia-se “trabalho regulado” ou “emprego” e, fixa como suas finalidades precípua o bem-estar e a justiça social.

Preceituam os arts 170, *caput*, e 193 da Carta Magna:

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

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

É preciso destacar que o princípio da justiça social, assim como o princípio da valorização do trabalho, é uma das facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, pois reconhece o indivíduo e, no caso da valorização social do trabalho, o ser humano trabalhador como pilar estruturante do sistema jurídico. Em outros termos, o ser humano passa a ser o centro convergente de direitos, sob o qual o Direito e o Estado edificam e direcionam as suas finalidades.

Sob tal prisma, o princípio da justiça social deve servir como base da ordem econômica e deve ser interpretado em consonância com o princípio da livre iniciativa, tendo em vista que ambos têm como alvo realizar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Como destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a justiça social é

A virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores. Assim, a afirmação constitucional significa que a ordem econômica deve ser orientada para o bem comum.⁵⁴

No mesmo sentido, leciona Francisco Melton Marques de Lima que o

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 360.

progresso social somente é realizável por meio da justiça, sendo que essa possui duas dimensões. O conceito estático e o dinâmico. O primeiro implica o resultado a ser atingido, ou seja, o bem estar social realizado. O segundo diz respeito às políticas sociais executadas para a concretização do bem estar social.⁵⁵

Cabe ressaltar que a Declaração de Viena, de 1993, prevê o direito ao desenvolvimento como direito universal e inalienável, parte integrante dos direitos humanos fundamentais, além de reconhecer a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos:

10.A Conferência Mundial sobre Direitos do Homem reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, enquanto direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos do homem fundamentais.

Conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central de desenvolvimento.

Enquanto o desenvolvimento facilita o gozo de todos os Direitos do homem, a falta de desenvolvimento não pode ser invocada para justificar a limitação de direitos do homem internacionalmente reconhecidos.

Os Estados deverão cooperar entre si para assegurar o desenvolvimento e eliminar os entraves que lhe sejam colocados. A comunidade internacional deverá promover uma cooperação internacional efectiva com vista à efectivação do direito ao desenvolvimento e à eliminação de entraves ao desenvolvimento.

O progresso duradouro no cumprimento do direito ao desenvolvimento requer políticas de desenvolvimento efectivas a nível nacional, bem como relações económicas equitativas e um ambiente económico favorável a nível internacional.⁵⁶

Como observa Maurício Godinho Delgado, a ideia de justiça social é lutar contra às concepções daqueles que acreditam na regência exclusiva do mercado como meio de realização individual, material e social das pessoas. Dispõe o

⁵⁵ LIMA, Francisco Melton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 24.

⁵⁶ Conferência sobre Direitos Humanos de 1993 em Viena. <Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>.> Acesso em 23 de março de 2020.

princípio que, independente das aptidões, talentos e virtudes pessoais, a todos é assegurado o acesso às serventias essenciais existentes na comunidade.⁵⁷

No mesmo fio de raciocínio, compreende-se que a consumação das necessidades básicas individuais não decorre apenas da capacidade e vontade de cada um, mas também de fatores externos ao indivíduo e que justificam a ingerência normativa estatal, a fim de garantir o gozo de uma vida digna a todos.

A Constituição Federal de 1988, ao escolher o princípio da justiça social como seu basilar, quebra as muralhas fortemente edificadas do pensamento neoliberal, que propaga frases de efeito, do tipo, se você se esforçar irá prosperar, o seu sucesso depende apenas de você, que realçam a ideia individualista e materialista. Por isso, os princípios constitucionais expressam e traduzem os valores sociais abarcados pela coletividade.

Nesse aspecto, é dever do Estado concretizar os valores do trabalho e da justiça social elencados na Constituição Federal de 1988 e que, centrados na pessoa humana, condicionam toda a atividade estatal. Sendo assim, é dever do Estado corrigir as injustiças sociais, mediante a concretização do princípio da justiça social, critério balizador da distribuição dos recursos estatais e que impede a utilização da reserva do possível como justificativa do seu cumprimento mínimo, ou melhor, do seu não cumprimento.

Se a Constituição Federal de 1988 fixa como objetivo, fundamento e princípio norteador a justiça social, o Estado por sua vez deve investir seus recursos até alcançar, de fato, a redução das desigualdades sociais, pois só assim cumprirá a sua finalidade. Desta forma, de nada adiantaria ter uma justiça social expressa e não materializada. Já cantava o saudoso sambista Bezerra da Silva, “é que a balança da justiça social só pesa para lei escrita isto não está legal”. Logo, apenas uma justiça social escrita, cujo Estado não investe em recursos para alcançar a finalidade dessa justiça social, de nada servirá.

José Joaquim Gomes Canotilho ao descrever este princípio democrático elenca duas dimensões: a econômica e a social. Assim, denomina o princípio da democracia econômica e social, elegendo-o como pilar do Estado Português e

⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 38.

tecendo as seguintes considerações, extremamente valiosas e pertinentes ao ordenamento jurídico pátrio estatui:

O princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática. [...] O princípio da democracia econômica e social constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma nas vestes de uma [...] O princípio da democracia econômica e social impõe tarefas ao Estado e justifica que elas sejam tarefas de conformação, transformação e modernização das estruturas económicas e sociais, de forma a promover a igualdade real entre os portugueses.

58

E continua o autor, entendendo que do princípio da democracia econômica e social deriva a proibição de retrocesso social:

[...] os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, [...] o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos, em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural. [...] constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prosecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.⁵⁹

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p 468.

Em concordância com as funções e características dos princípios constitucionais, aqui analisadas, compreende-se que o princípio da justiça social é direção, finalidade e limite da atividade estatal. E, nesse sentido ensina Jorge Luiz Souto Maior, que o Direito do Trabalho é instrumento precípua de realização da justiça social, porque:

O direito do trabalho, desse modo, inicialmente, visa a impedir a superexploração do capital sobre o trabalho humano; em seguida, busca melhorar as condições de vida dos trabalhadores; e, por fim, conforme encontra campo propício de atuação, possibilita aos trabalhadores adquirirem status social.⁶⁰

Desta forma é mediante o trabalho regulado e protegido pela legislação trabalhista, que se permite dar proteção ao trabalhador contra as diversas formas de abusos e violências que são cometidas pelos patrões em face dos trabalhadores, fazendo com o que o trabalhador se submeta ao trabalho forçado, precário e em condições degradantes, desrespeitando a proteção a um patamar mínimo existencial digno oriundo da verdadeira justiça social.

3 O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

3.1 CADASTRO DE EMPREGADORES – LISTA SUJA

Após o governo brasileiro ter reconhecido oficialmente em 1995 quanto à existência de trabalho escravo no Brasil, iniciou-se medidas a fim de acabar com esse mal social. No entanto, foi através do acordo firmado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o combate ao trabalho escravo se intensificou.⁶¹

Em meio as inúmeras medidas que foram previstas, o Ministério do Trabalho e Emprego publicou a Portaria nº 1.234 de 20 de novembro de 2003⁶², na qual

⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2001, p. 20.

⁶¹ OIT. **O trabalho forçado no Brasil**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393066/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 21 abril. 2020.

⁶² BRASIL. **Portaria N° 1.234, De 17 de Novembro de 2003**. Revogada pela Portaria MTE nº 540/2004 de 15/10/2004. Disponível em:

previa o envio dos nomes dos infratores a vários órgãos do primeiro escalão com a finalidade de subsidiar ações no âmbito de suas competências, mas essa portaria foi revogada pela Portaria nº 540 de 05 de outubro de 2004⁶³, que oficializou o cadastro de empregadores, dispondo o seguinte:

Art. 2º. A inclusão do nome do infrator no cadastro ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

Art. 3º. O MTE atualizará, semestralmente, o cadastro a que se refere o art. 1º e dele dará conhecimento aos seguintes órgãos:

I - Ministério do Meio Ambiente;
II- Ministério do Desenvolvimento Agrário; III - Ministério da Integração Nacional;
- Ministério da Fazenda;
- Ministério Público do Trabalho; VI - Ministério Público Federal;
VII - Secretaria Especial de Direitos Humanos; VIII - Banco Central do Brasil.

A referida Portaria também estabelece que o infrator será monitorado pelo prazo de 2 (dois) anos após a inclusão na lista suja, e não havendo reincidência e paga as multas e os débitos trabalhistas, passados o prazo de 2 (dois) anos o seu nome será excluído desta lista. Cabe ressaltar que a Portaria nº 1.150, de 18 de novembro de 2003, do Ministério da Integração Nacional-MIN, faz recomendações aos agentes financeiros sob a supervisão do Ministério para não conceder financiamento ou qualquer outro tipo de assistência com recursos aos empregadores integrantes da lista suja. Veja-se:

Art. 1º Determinar ao Departamento de Gestão dos Fundos de Desenvolvimento Regional da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional do Ministério que encaminhe, semestralmente, aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, idem com

<http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1234_03.htm>. Acesso em: 20 abril. 2020.

⁶³ BRASIL. **Portaria Nº 540, De 15 De Outubro De 2004**. (Revogada pela Portaria Interministerial nº 02/2011). Disponível em:

relação aos Fundos Regionais, relação de empregadores e de propriedades rurais, que submetam trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou que os mantenham em condições análogas ao de trabalho escravo, cujas autuações com decisão administrativa são de procedência definitiva, publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para as providências cabíveis.

Art. 2º Recomendar aos agentes financeiros que se abstenham de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos sob a supervisão deste Ministério para as pessoas físicas e jurídicas que venham a integrar a relação a que se refere o art. 1º.

Ainda neste prisma, a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011⁶⁴, revogou a Portaria 540/2004, bem como elencou regras no tocante ao cadastro destes infratores. No entanto, a Portaria nº 2/2011, foi revogada pela Portaria Interministerial nº 4, de 11 de maio de 2016⁶⁵, reformulando os critérios para inclusão e saída dos empregadores do cadastro.

Pois bem, desde que foi criado o primeiro ordenamento que previa o cadastro dos infratores na lista suja, inúmeras ações judiciais questionaram a sua validade bem como a sua aplicabilidade. Neste diapasão, vale citar uma ação que foi proposta neste sentido. Trata-se do Mandado de Segurança nº 14.017/DF⁶⁶, impetrado pela empresa Pagrisa Pará Pastoril e Agrícola S/A, questionando a legalidade da Portaria MTE nº 540/2004, que criou a lista suja. A referida ação foi julgada na data de 24/05/2009 no Superior Tribunal de Justiça – STJ, na relatoria do Min. Herman Benjamin, que denegou a segurança e cassou a liminar concedida anteriormente. Veja-se:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA MTE 540/2004. INCLUSÃO DO NOME DA

⁶⁴ BRASIL. **PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2, DE 12 DE MAIO DE 2011** Revogada pela Portaria Interministerial nº 02/2015. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P02_11.html>.

⁶⁵ BRASIL. **Portaria Interministerial Nº 4, De 11 De Maio De 2016**. Disponível em : <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTPS/PORT_INTER_04_16.html>. Acesso em 20 de abril de 2020.

⁶⁶ STJ. **Mandado de Segurança: MS Nº 14.017 - DF (2008/0271496-6) Relator: Ministro Herman Benjamin**. DJe: 01/07/2009 <Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/trabalho-escravo/decisoes-judiciais/acordao_STJ_MS14017DF>. Acesso em 20 de abril de 2020.

IMPETRANTE NO CADASTRO DE EMPREGADORES QUE TENHAM **MANTIDO TRABALHADORES EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO**. ATO DETERMINADO PELO MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E EMPREGO EM AVOCATÓRIA MINISTERIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO. INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA VERIFICAR SE A EMPRESA PRÁTICA TRABALHO ESCRAVO.

Hipótese em que o Mandado de Segurança foi impetrado contra ato imputado ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, referente à determinação de inclusão do nome da impetrante no cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravo, instituído pela **Portaria 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego**.

[...]

23. Mandado de Segurança denegado, cassada a liminar anteriormente concedida e prejudicado o Agravo Regimental da União.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: **"A Seção, por unanimidade, denegou a segurança e cassou a liminar anteriormente concedida, restando prejudicado o agravo regimental interposto pela União, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."** Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Humberto Martins **votaram com o Sr. Ministro Relator**.

[...]

VOTO

No caso em análise, a Portaria MTE 540/2004 surgiu como mais um instrumento de realização do programa social previsto na Constituição de 1988, motivo por que beira o absurdo sustentar a sua inconstitucionalidade.

[...]

Isso porque a edição da Portaria MTE 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, IV, CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3º, I, III e IV, CF).

[...]

A rigor, a impetrante busca, pela via transversa do ataque ao cadastro de empregadores, inviabilizar os auspiciosos efeitos do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, iniciativa bem sucedida cuja origem está na proposta do Instituto Ethos, com apoio da OIT e da ONG Repórter Brasil, matéria que não é objeto, nem poderia ser, do presente Mandado de Segurança.

5. Conclusão

Diante do exposto, casso a liminar anteriormente deferida, denego a segurança pleiteada e julgo prejudicado o Agravo Regimental da União. (grifou-se)

O que se observa é que essa ferramenta, tão importante, e que foi criada no combate ao trabalho escravo é subutilizada, ou foi proibida de ser utilizada por causa das demandas que foram apresentadas junto ao Judiciário. É notório que, o que deveria ser mais importante é a vida, a liberdade e a saúde dos trabalhadores.

Ademais, as inúmeras revogações das portarias que determinam a inclusão dos nomes dos empregadores flagrados explorando a mão de obra escrava, geraram obstáculos para a efetivação das práticas adotadas para combater o trabalho escravo, uma vez que a sustentabilidade das práticas adotadas depende do fortalecimento dos programas que têm por objetivo a reinserção do trabalhador resgatado e a geração de emprego nas regiões onde os níveis de pobreza são mais acentuados, porque, do contrário, sem alternativa para ganhar o seu sustento, o trabalhador volta à condição de escravo contemporâneo novamente.

Sendo assim, para que o trabalho análogo ao de escravo seja extirpado do território nacional, faz-se necessário que, gradualmente, a vulnerabilidade do trabalhador seja reduzida.⁶⁷

Desse modo, a medida de inclusão na “Lista Suja” daqueles que exploram o trabalho escravo, demonstra ser uma medida muito importante, tanto preventivo quanto repressivo a tal forma indigna de exploração de mão de obra, especialmente porque amplia a possibilidade de controle social.

Portanto, a inclusão e a manutenção dos nomes dos empregadores flagrados pela fiscalização explorando o trabalho escravo, e posteriormente condenados na

⁶⁷ CONECTAS. **Idas E Vindas Da Lista Suja Do Trabalho Escravo No Brasil**. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/lista-suja-trabalho-escravo>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

instância administrativa, no cadastro instituído pela Portaria n.º 540 do Ministério do Trabalho e Emprego, constitui-se em um instrumento de política pública essencial para que a erradicação do trabalho escravo possa se concretizar e não seja apenas uma meta a ser cumprida.⁶⁸

Como atualmente os dados oficiais comprovam que ainda há uma prática reiterada de uso do trabalho em condições análogas à de escravo, é necessária a coadunação entre o trabalho que, na prática, propicie os direitos e as garantias trabalhistas aos empregadores, conjuntamente às medidas das autoridades públicas que visam coibir a prática do trabalho escravo. Um esforço conjunto desse binômio para erradicar o trabalho indigno e injusto, que submete o trabalhador a condição análoga à de escravo, talvez propicie o sucesso da erradicação do trabalho escravo no Brasil.⁶⁹

3.2 O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO FEITO PELA INSPEÇÃO NO TRABALHO

A verdade é que em pleno século XXI o Brasil continua tendo graves problemas trabalhistas que permitem afirmar que no País ainda há escravidão, a saber, a escravidão contemporânea.

Este tipo de escravidão é aquele prestado mediante alguma forma de restrição de liberdade, quer seja por dívidas, quer seja porque o trabalhador está sob vigilância armada ou até mesmo pela retenção dos documentos do trabalhador que impedem o exercício do seu direito de ir e vir. E também quando o trabalhador exerce o seu trabalho de uma maneira em que a sua condição de saúde mental ou física é afetada pelo próprio exercício do trabalho.

Além dessas duas formas que caracteriza o trabalho análogo à escravidão, há também o exercício do trabalho em condições degradantes. Essa última é a maneira mais comum de se caracterizar o trabalho escravo contemporâneo.

⁶⁸ BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. José Pereira. **Caso 11.289, Solução Amistosa, Relatório n.º 95/03, 2003.** <Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>. Acesso em: 20 de abril. De 2020.

⁶⁹ ROCHA, Theo Lucas Pinheiro. A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego contra a escravidão contemporânea no Brasil e seu processo administrativo interno. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 60.

Soma-se a essas condições, muitas vezes a informalidade do trabalhador que não tem a sua carteira assinada, sendo obvio que o trabalhador nestas condições não terá os benefícios previdenciários decorrentes disso. Observa-se, assim, que esse trabalhador está abaixo das condições mínimas de trabalho e de sobrevivência. Neste prisma, torna-se mister destacar que o combate ao trabalho escravo contemporâneo feito pela inspeção no trabalho promove grandes resultados em prol da proteção à vida e a dignidade da pessoa humana do trabalhador, pois muitos trabalhadores são resgatados em condições análogas a de escravo, acendendo a esperança e a chama da justiça social.

Sendo assim, quando uma equipe de fiscalização chega a um local de trabalho e, identifica uma condição de trabalho análogo ao de escravo, aquele trabalhador é retirado daquele local e recebe seus direitos trabalhistas, além de indenização pelo que lhe foi feito durante o tempo que foi submetido à condição de escravidão.⁷⁰

Nesse contexto, ensina Theo Lucas Pinheiro Rocha:

O Auditor Fiscal do Trabalho tem a incumbência legal de fiscalização in loco para verificar se há o cumprimento da legislação trabalhista em cada relação de emprego. Por meio de tal verificação, o AFT analisará se o trabalho é degradante, podendo configurá-lo, destarte, como trabalho análogo ao de escravo.⁷¹

Ainda de acordo com o autor, “desde o nascedouro da fiscalização no Brasil, no fim do século passado, até os dias atuais, foram mais de 46.478 mil trabalhadores libertos em todo o país, conforme os dados do próprio MTE”.⁷²

Logo,

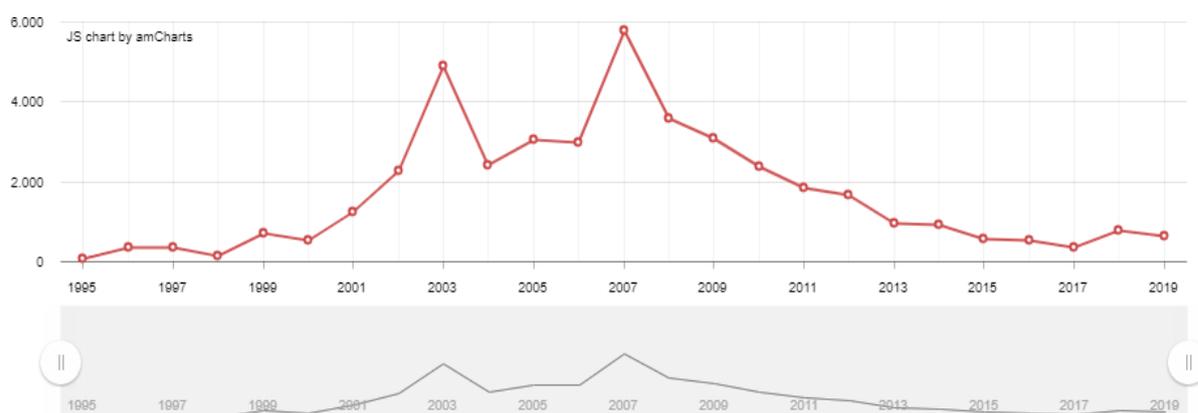
⁷⁰ BRASIL. **Portal da Inspeção do Trabalho. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil.** <Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>. Acesso em 20 de abril de 2020.

⁷¹ ROCHA, Theo Lucas Pinheiro. A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego contra a escravidão contemporânea no Brasil e seu processo administrativo interno. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 51.

⁷² ROCHA, Theo Lucas Pinheiro. A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego contra a escravidão contemporânea no Brasil e seu processo administrativo interno. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 52.

O enfrentamento ao trabalho escravo pode ser dar por meio de denúncias e/ou fiscalizações de rotina em regiões rurais ou urbanas que, tradicionalmente, possuem um maior índice de precarização das normas trabalhistas. Os auditores fazem a inspeção na frente de trabalho e, caso encontrem práticas que se enquadram no artigo 149 do Código Penal, provocam – eles próprios – o resgate dos trabalhadores daquele ambiente, fazendo com que o empregador efetue o pagamento das verbas rescisórias dos trabalhadores.⁷³

Neste viés, vale registrar o gráfico abaixo, que demonstra a quantidade de Trabalhadores em Condições Análogas à Trabalho Escravo em Todos os Anos, pela CNAEs:⁷⁴



O gráfico acima demonstra os trabalhos realizados ao longo dos anos pela Inspeção do Trabalho. Como pode ser observado no gráfico, entre os anos de 2003 e 2009, houve um aumento exponencial de trabalhadores encontrados em condições análogas a de escravo. Nota-se que nos anos seguintes o gráfico vai-se acentuando, ou seja, o número de trabalhadores encontrados em situação análoga a de escravidão foram diminuindo, ao passo que no ano de 2019, o número de trabalhadores encontrados em situação de escravidão foram 1054, dos quais 968

⁷³ VIANA, Márcio Tulio; SOARES, Thiago Moraes Raso Leite. Trabalho escravo e “Lista Suja”: velhos e novos enfoques. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 176.

⁷⁴ BRASIL. **Portal da Inspeção do Trabalho. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil.** <Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>. Acesso em 20 de abril de 2020.

foram resgatados.⁷⁵

Ainda neste sentido, o combate ao trabalho escravo por meio da inspeção do trabalho vem mostrando ser um meio eficaz de combate à escravidão contemporânea. Quando um trabalhador é resgatado destas condições, está recebendo de volta a sua dignidade, a sua liberdade, e os seus direitos.

Márcio Tulio Viana e Thiago Moraes Raso Leite Soares assinalam que

Em diversas ações fiscais de combate ao trabalho escravo, verifica-se que as vítimas desse crime são pessoas com alto grau de vulnerabilidade. Na maioria das vezes, tentam apenas garantir sua sobrevivência e, por isso, trocam seu trabalho por um prato de comida. Mas até esse simples prato costuma ser de péssima qualidade e valor exorbitante, e para conquistá-lo os trabalhadores acabam perdendo – no plano concreto – sua própria condição humana, sua dignidade.⁷⁶

Ainda de acordo com os autores:

Tratados como animais, como se humanos não fossem, trabalham para pessoas que não os reconhecem como seres portadores de direitos e, por isso, não lhes garantem as condições básicas de sobrevivência. Ambientes de trabalho sem água, sem banheiro e com alojamentos de barraca de lona, misturados com restos de lixo e animais. Carnes expostas às moscas e feijão armazenado em caixas de plástico ao sol. Num dos relatos colhidos pela fiscalização, uma dessas vítimas afirma: “Eu torço é pra que a comida não azede, porque senão fico sem comer”.⁷⁷

Buscando assegurar a todos os brasileiros o efetivo acesso ao direito social ao trabalho, a Constituição da Federal de 1988, em seu art. 21, inciso XXIV, atribui à União competência exclusiva para organizar, manter e executar a Inspeção do

⁷⁵ Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/balanco-da-atuacao-no-combate-ao-trabalho-escravo-sera-apresentado-nesta-terca-28>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

⁷⁶ VIANA, Márcio Tulio; SOARES, Thiago Moraes Raso Leite. Trabalho escravo e “Lista Suja”: velhos e novos enfoques. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal**. Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 176.

⁷⁷ VIANA, Márcio Tulio; SOARES, Thiago Moraes Raso Leite. Trabalho escravo e “Lista Suja”: velhos e novos enfoques. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal**. Belo Horizonte: RTM, 2015, p. 177.

Trabalho.

É possível verificar, assim, que a Inspeção do Trabalho é um órgão específico e único, munido de grande relevância social e essencial ao funcionamento do Estado brasileiro, a qual foi confiada a atribuição constitucional de proteção ao trabalho e ao emprego, por intermédio da atuação dos Auditores-Fiscais do Trabalho.⁷⁸

Há muito a ser feito, isso é inegável, mas os resultados que foram obtidos ao longo dos anos de atuação no combate ao trabalho escravo por meio da Inspeção têm se mostrado uma ferramenta de esperança e, indubitavelmente esse trabalho de inspeção aos locais de trabalho seria muito maior se houver um número maior de denúncias por parte da população quando presencia alguma forma de trabalho análogo à escravidão. Assim sendo, no momento em que um trabalhador é resgatado da condição de escravidão, passa a ter direito ao que é seu por direito, trazendo de volta para uma condição digna.

3.3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Alguns órgãos trabalham contra o aumento do trabalho escravo no Brasil, um deles é o Ministério Público do Trabalho, por meio de ferramentas e ações interventivas. Segundo a Constituição Federal de 1988 em seu art. 127, *in verbis*

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

De acordo com Saulo Cerqueira de Aguiar Soares:

O MPT é uma instituição, ramo do Ministério Público da União (MPU), com atuação judicial e extrajudicial, que tem como missão fiscalizar o cumprimento das normas trabalhistas, tendo coordenadorias nacionais temáticas como enfoque de atuação: administração pública; criança e adolescente; fraudes trabalhistas; liberdade sindical;

⁷⁸ BRASIL. **Portal da Inspeção do Trabalho. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil.** <Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>. Acesso em 20 de abril de 2020.

meio ambiente do trabalho; projetos nacionais; promoção da igualdade; trabalho escravo e trabalho portuário e aquaviário.⁷⁹

Sendo assim, a missão do MPT “é tutelar os direitos fundamentais e metaindividuais do trabalho, podendo utilizar-se de meios extrajudiciais, como o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta (TAC) e meios judiciais, como a ação civil pública, a ação civil coletiva e a ação anulatória de cláusulas convencionais”.⁸⁰

A Constituição Federal de 1988 também prevê as funções deste órgão institucional, quando estabelece que é função do Ministério Público de cuidar dos interesses sociais, através de suas ferramentas, que é o inquérito civil e a ação civil pública, que são considerados essenciais, juntamente com o TAC, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

O Ministério Público do Trabalho é órgão independente dos três poderes, antes conhecido como fiscal da lei, agora atua como agente, essa mudança tem o objetivo de trazer efetividade à defesa dos direitos sociais, haja vista que, consoante Saulo “o papel primordial do MPT é alcançar a promoção do trabalho digno”.⁸¹

Sobre esse assunto, ensina Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé:

No âmbito do processo do trabalho, o Ministério Público exerce duas atribuições de destacado relevo. De uma banda, compete ao Parquet funcionar como órgão interveniente, elaborando pareceres opinativos em todos os processos a serem analisados pelos Tribunais Regionais e pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho,

⁷⁹ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 94.

⁸⁰ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 94.

⁸¹ SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. **Direitos fundamentais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 95.

podendo também recorrer de suas decisões, o que legitima ainda mais a sua condição de *custus legis*. Ao lado desta, dispõe ele da prerrogativa de atuar como órgão agente, exercendo a sua legitimação pró-ativa e protegendo os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que se encontrarem violados.⁸²

Sob tal aspecto, Carlos Henrique Bezerra Leite estatui que duas são as formas básicas de sua atuação, a saber: atuação judicial e a atuação extrajudicial. A primeira resulta de sua atuação nos processos judiciais, seja como parte, autora ou ré, seja como fiscal da lei. A segunda concerne à sua atuação fora do âmbito dos processos judiciais, ou seja, no âmbito administrativo, podendo ensejar o surgimento de ações judiciais.⁸³

A atuação judicial do Ministério Público do Trabalho está prevista no art. 83 da Lei Complementar n. 75/93:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

- promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas;
- manifestar-se em qualquer fase do processo trabalhista, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção;
- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;
- propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores;
- propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho;
- recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for

⁸² SENTO-SÉ, Jairo de Lins Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000, p.113.

⁸³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109.

parte, como naqueles em que oficiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho;

- funcionar nas sessões dos Tribunais Trabalhistas, manifestando-se verbalmente sobre a matéria em debate, sempre que entender necessário, sendo-lhe assegurado o direito de vista dos processos em julgamento, podendo solicitar as requisições e diligências que julgar convenientes;
 - instaurar instância em caso de greve, quando a defesa da ordem jurídica ou o interesse público assim o exigir;
 - promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal;
 - promover mandado de injunção, quando a competência for da Justiça do Trabalho;
 - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho;
 - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas;
- XIII - intervir obrigatoriamente em todos os feitos nos segundo e terceiro graus de jurisdição da Justiça do Trabalho, quando a parte for pessoa jurídica de Direito Público, Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Já a atuação extrajudicial do Ministério Público do Trabalho como órgão estatal que é, ocorre na esfera administrativa. Desse modo, estatui o art. 84 da LC n. 75/93:

Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente:

- integrar os órgãos colegiados previstos no § 1º do art. 6º, que lhes sejam pertinentes;
- instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores;
- requisitar à autoridade administrativa federal competente, dos órgãos de proteção ao trabalho, a instauração de procedimentos administrativos, podendo acompanhá-los e produzir provas;
- ser cientificado pessoalmente das decisões proferidas

pela Justiça do Trabalho, nas causas em que o órgão tenha intervindo ou emitido parecer escrito;
- exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade.

No ano de 1995 o governo reconheceu a existência do trabalho escravo no Brasil.⁸⁴ Nesse mesmo ano, também foi criado o Grupo Especial de Fiscalização Móvel que é coordenado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho - (SIC), que é pertencente ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Em 1999, o Ministério Público do Trabalho definiu suas principais áreas de atuação, sendo elas: combate ao trabalho em condições análogas a de escravo; investigações de situações nas quais os obreiros são submetidos a trabalho forçado; servidão por dívidas; jornadas exaustivas; e condições degradantes de trabalho.⁸⁵

Em 2002 foi elaborado o primeiro plano de contingência denominado como Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, foi elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), com publicação em 2003, atendendo às determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos.⁸⁶

Como observa Rodrigo Garcia Schwarz:

O combate à escravidão no Brasil realmente avançou a partir do lançamento do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; no entanto, persistem, ainda, grandes obstáculos a esse combate, vinculados à ação dos poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Uma parcela das várias metas estabelecidas no Plano está cumprida, outra está parcialmente cumprida, mas algumas metas ainda não foram cumpridas. Defendemos, neste trabalho, que a efetiva eliminação da escravidão depende de um projeto coletivo e amplamente popular que contemple, mais do que ações de repressão à prática

⁸⁴ REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar: Linha do tempo.** <Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/livro/linha-do-tempo/>>. Acessado em: 22 de abril de 2020.

⁸⁵ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. <Disponível em: <https://mpt.mp.br/>>. Acessado em 22 de abril de 2020.

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Organização Internacional do Trabalho. **Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo.** Brasília: OIT, 2003.

da escravidão, ações que viabilizem a efetiva reinserção social dos trabalhadores libertados e, sobretudo, que contemplem as demandas dos setores mais debilitados da sociedade, que habitualmente se submetem ao escravismo.⁸⁷

Nesta senda, em 2019, o Ministério Público do Trabalho registrou 1.213 denúncias de trabalho escravo. No portal da Inspeção do Trabalho encontram-se dados relativos às fiscalizações realizadas até junho de 2019, nos quais relatam que cerca de 1.054 trabalhadores foram encontrados em condições análogas ao de escravo.⁸⁸

Sob tal aspecto, insta destacar, quanto à atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo, que:

Como órgão interveniente, a atuação do Ministério Público do Trabalho se dá em decorrência da qualidade de parte (idosos, portadores de deficiência física, índios, menores etc.) ou da natureza da lide (tutela de direitos sociais e individuais indisponíveis, bem como ofensa aos princípios constitucionais). Como órgão agente, o Ministério Público do Trabalho tem atuado de maneira intensa no combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, propondo ações civis públicas, ou ações coletivas, criando grupos móveis de repressão, criando a Coordenadoria Nacional de combate ao trabalho escravo (CONAETE), requerendo medidas cautelares e firmando Termos de Ajustamento de Conduta com os exploradores, que se comprometem a se adequar à legislação, cumprindo obrigações de fazer e/ou não fazer, sob pena de pagamento de multas diárias.⁸⁹

Portanto, verifica-se que os dois mecanismos para se combater o trabalho escravo contemporâneo mais importantes é o TAC – termo de ajustamento de conduta e a ação civil pública, assunto que será abordado logo a seguir.

⁸⁷ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo**: a abolição necessária da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr, 2002, p. 12.

⁸⁸ Portal da Inspeção do Trabalho. **Painel de informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil**. Disponível: sit.Trabalho.gov.br/radar/. Acessado em 22 de abril de 2020.

⁸⁹ FLAITT, Isabela Parelli Haddad. O trabalho escravo à luz das convenções ns. 29 e 105 da organização internacional do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, COLNAGO Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 273.

3.4 A FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC

O termo de ajustamento de conduta é um instrumento extrajudicial utilizado pelo Ministério Público para defesa dos direitos sociais indisponíveis. É um meio alternativo à propositura da ação civil. Segundo o entendimento do CNMP, conceitua-se o Termo de Ajustamento de Conduta como “um acordo em que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial”.⁹⁰

Nesse intento, a Constituição Federal de 1988, nos arts. 128, I, b, e 129, III, legitima o Ministério Público do Trabalho a promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

De acordo com Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, o Termo de Ajustamento de Conduta é

[...] um instituto jurídico que soluciona conflitos metaindividuais, firmado por algum ou alguns dos órgãos públicos legitimados para ajuizar a ação civil pública e pelo investigado (empregador), no qual se estatui, de forma voluntária, o modo, lugar e prazo em que o inquirido deve adequar sua conduta aos preceitos normativos, mediante cominação, sem que, para tanto a priori, necessite de provocação do Poder Judiciário, com vistas à natureza jurídica de título jurídico executivo extrajudicial.⁹¹

Nessa linha, também ensina Felipe Bernardes:

O termo de ajustamento de conduta é o instrumento utilizável pelos órgãos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública, por meio do qual a pessoa jurídica ou física que esteja violando interesses e direitos metaindividuais se compromete a adequar sua conduta aos ditames legais (Lei n 7.347/85, art. 5º, § 6º).

⁹⁰ MPF. Portal da Transparência. Termo de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/termos-de-ajustamento-de-conduta>. Acessado em 20 de abril de 2020.

⁹¹ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de ajuste de conduta**. São Paulo: LTr, 2004, p. 87.

Qualquer espécie de direito coletivo em sentido amplo (difuso, coletivo em sentido estrito ou individuais homogêneos) pode ser objeto de TAC.⁹²

Ensina Luciana Aboim que esse instrumento possui a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, que também está expresso na legislação, conforme disposição contida no art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85, *in verbis*:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Dispõe ainda o art. 14 da Recomendação do CNMP Nº 16/10, *in verbis*:

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Quanto à natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta, assinala Edson Braz da Silva:

O termo de ajuste de conduta tem natureza jurídica de ato jurídico administrativo bilateral em relação à vontade das partes e unilateral em relação à onerosidade das obrigações nele assumidas; simples ou complexo, dependendo se a eficácia está condicionada ou não à homologação do Conselho Superior do Ministério Público, visando à resolução de violação de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁹³

Nessa senda, ensina Luciana Aboim da Silva:

⁹² BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 696.

⁹³ SILVA, Edson Braz da. Inquérito civil trabalhista. Termo de ajustamento de conduta. Execução do termo de ajustamento de conduta na Justiça do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho**. São Paulo: LTr, Set. 2000, p.20.

Decerto, não há concessões recíprocas no termo de ajuste de conduta, já que não há a disponibilidade de direitos laborais pelo ente celebrante. Isso se justifica pela natureza jurídica dos direitos coletivos, lato sensu, e pela não titularidade destes direitos por parte dos órgãos públicos legitimados (legitimação concorrente e disjuntiva), as quais impossibilitam uma existência de transação. Efetivamente, é da essência do termo uma prestação de compromisso por parte do inquirido, perante o órgão público legitimado, de adequar a sua conduta ao ordenamento jurídico.⁹⁴

Dessa forma conclui-se que o Termo de Ajustamento de Conduta tem natureza jurídica bilateral na modalidade de acordo. Para que seja efetivo, deve haver concordância do infrator.

3.5 A EFICÁCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA NO COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

A ação civil pública está disciplinada pela Lei 7.347/85, sendo considerada como um instrumento essencial para a defesa dos interesses da sociedade, resguardados por função do Ministério Público do trabalho.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite,

O inquérito civil, no âmbito administrativo, e a ação civil pública, no âmbito judicial, surgem, nos dias atuais, como instrumentos efetivos de defesa não só dos direitos coletivos, mas também dos direitos difusos e individuais homogêneos no campo das relações de trabalho.⁹⁵

Ainda de acordo com o autor, a ação civil pública é, pois, “uma ação constitucional cujo fim precípua repousa na promoção da defesa dos interesses metaindividuais. Por ser um remédio constitucional, encontra seu fundamento de validade nos princípios da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal e isonomia”.⁹⁶

⁹⁴ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de ajuste de conduta**. São Paulo: LTr, 2004, p. 89.

⁹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 176.

⁹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e**

Nesse contexto, o autor estatui que, a jurisdição trabalhista metaindividual busca, assim, efetivar:

A igualdade substancial, real, entre os cidadão-trabalhadores. O trabalhador sozinho apresenta-se bastante vulnerável para exercitar o direito constitucional de acesso ao Judiciário, máxime se levarmos em conta que a Justiça do Trabalho é, no plano real, a “Justiça dos Desempregados”, pois a regra geral é a de que o trabalhador, durante a vigência do contrato de trabalho, tem o fundado receio de perder o emprego. É a chamada paralisia temporária do direito de demandar. Daí a importância da implementação da jurisdição trabalhista metaindividual, que permite o acesso igualitário dos trabalhadores por meio de instituições ou associações que têm o papel de defender e proteger os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e sem o temor de figurarem formalmente na relação jurídica processual.⁹⁷

Hely Lopes Meirelles conceitua a ação civil pública da seguinte forma:

Instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva do réu.⁹⁸

Conforme ensina Felipe Bernardes, a ação civil pública tem como objetivo a defesa e tutela dos direitos coletivos:

É uma ação judicial civil, de rito especial, cujo objeto é a defesa de interesses coletivos, em sentido amplo. Trata-se de importante instrumento para a tutela judicial dos direitos coletivos e para ampliação do acesso à

prática. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 188.

⁹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 188.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

jurisdição.⁹⁹

Reza, assim, o art. 83 da Lei Complementar nº 75, *in verbis*:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas; [...]

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

Insta destacar que a ação Civil Pública é um dos instrumentos mais importantes na atuação do Ministério Público do Trabalho, pois possui papel fundamental na punibilidade da escravidão contemporânea.

De acordo com Geisa de Assis, a ação civil pública representa o caminho mais fácil:

De fato, ajuizar a ação civil pública é o caminho mais fácil para o Ministério Público. No entanto, não é necessariamente a forma mais adequada de tutela dos direitos transindividuais. Sempre que haja possibilidade do acordo, pela evidente ampliação de acesso à justiça que o mesmo proporciona, deve-se preferir promover o ajustamento de conduta.¹⁰⁰

O ajuizamento da ação civil pública visa a defesa dos direitos metaindividuais, ou seja, a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, direito esses que estão na função do Ministério Público do Trabalho de salvaguardá-los.

Logo, conforme destaca Gilmar Ferreira Mendes:

A ação civil pública prevista no art. 129, III, da Constituição é destinada à defesa dos chamados direitos difusos e coletivos relativos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, da ordem econômica e da economia popular, dentre outros. A ação civil tem-se constituído em significativo instituto de defesa de interesses difusos e coletivos e, embora não voltada, por definição, para a

⁹⁹ BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 689.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 192.

defesa de posições individuais ou singulares, tem-se constituído também em importante instrumento de defesa dos direitos em geral.¹⁰¹

Verifica-se, assim, que a ação civil pública trabalhista é o remédio essencial no combate ao trabalho escravo contemporâneo, visto que nos casos concretos os direitos metaindividuais são violados.

No tocante à obrigação de indenizar o dano sofrido pelo trabalhador escravizado, esta possui duas funções:

a) Penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) *satisfatória* ou *compensatória*, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa a proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenuie a ofensa causada.¹⁰²

Por último, cabe ressaltar que uma das principais formas de combate ao trabalho escravo contemporâneo é a conscientização, feito por intermédio de um trabalho educativo. Pode-se dizer que a maioria dos trabalhadores encontrados em situação análoga a de escravo não tinham a consciência de que seus direitos estavam sendo violados ou por conta de suas condições financeiras e sociais.

Desse modo, a educação tem caráter fundamental na conscientização da sociedade sobre seus direitos fundamentais e indisponíveis. Existe o programa do Repórter Brasil que se chama "*Escravo, nem pensar!*". No site do Repórter Brasil¹⁰³, verificam-se informações relevantes, informativas e educativas sobre o trabalho escravo e possui jogo digital como um instrumento didático pedagógico, além de outros temas correlacionados de destaque social. O Ministério Público Federal também tem uma campanha publicitária educativa denominada como "*MPF no*

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 545.

¹⁰² CORTEZ, 2015, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 74.

¹⁰³ REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar**. Disponível em: <<http://escravonempensar.org.br/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

combate ao trabalho escravo".¹⁰⁴

Entender as causas do trabalho escravo, bem como os direitos e deveres de um trabalhador, é a melhor forma de combate. Ainda, a qualificação é a chave para a erradicação. Por sua vez, quanto mais qualificado for o trabalhador, mais valorizado será sua mão de obra. Isso é um fator de diminuição da desigualdade social.

CONCLUSÃO

Com objetivo de fomentar a discussão, resta que o tema abordado, apesar de conhecido há muito tempo, mostra-se extremamente atual, proeminente e recorrente, de modo que deve ser profundamente abordado e incansavelmente contestado.

Do exposto, o que se nota é que a escravidão contemporânea é uma cilada do empregador contra os trabalhadores, que se mostram desesperados e em situação de vulnerabilidade em virtude do desemprego. O trabalho escravo contemporâneo não se trata de castigos com chicotes, trata-se de um tipo de trabalho que promove a restrição de liberdade, como tínhamos antes da Lei Áurea, mas sim de um total descaso com os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988.

É penoso imaginar um trabalhador hoje realizar suas tarefas em um ambiente sujo sem o devido saneamento básico, sem horário para a alimentação, sem água potável ou lugar apropriado para dormir. Muitas vezes os trabalhadores se deparam com situações de violência contra o empregado/vítima, que se vê obrigado a prestar serviços para aquele empregador; ou por medo do que possa acontecer com a família, por necessidade econômica e medo do desemprego. Assim, muitos preferem encarar péssimas condições de trabalho e de vida, a passar fome ou deixar sua família na mesma situação.

A constante violação dos direitos humanos fundamentais do trabalhador, em pleno século XXI, é inaceitável. O fato é, a forma que o trabalho escravo contemporâneo viola os direitos fundamentais do trabalhador é velado e na

¹⁰⁴ MPF. Trabalho Escravo. Apresentação. **A campanha MPF no combate ao trabalho escravo.** Disponível em: < <http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/campanha.html>>. Acessado em: 22 de abril de 2020.

maioria das vezes nem o próprio trabalhador consegue perceber que os seus direitos estão sendo violados. Sendo assim, a atuação dos órgãos competentes no combate desse novo modelo de escravidão se faz extremamente necessário.

Assim, temos as Convenções Internacionais do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a qual mostram que a preocupação com esse tema não cabe apenas para nosso país, mas sim a todos os países do mundo, como também temos diversas Leis infraconstitucionais, portarias, decretos, instruções normativas, e a mais importante delas, a Constituição Federal de 1988.

Apesar de ter todas essas normas acima mencionadas e também as já explanadas ao longo do trabalho, assim como as modificações realizadas ao longo desse tempo verifica-se que o dilema do “trabalho escravo contemporâneo” está cada vez mais latente em nosso cenário.

Assim como as normas, também há órgãos que fiscalizam e punem tal ilícito do artigo 149 do Código Penal, unindo-se com essa finalidade de abolição. Entretanto, por mais que os resultados estejam sendo satisfatórios há muito a ser feito.

Com isso, a atuação dos órgãos competentes no combate ao trabalho escravo contemporâneo, quer seja por meio de fiscalizações, inspeção do trabalho, conscientização dos personagens envolvidos, dá ao trabalhador a esperança e a oportunidade de ter uma vida social justa. Deste modo, a úlcera da escravatura será sanada, assim como os vários outros problemas que impossibilitam uma vida digna ao trabalhador, respeitando todos os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988, como a liberdade, a vida, a segurança, a propriedade e principalmente a dignidade.

Em razão disso, defendeu-se aqui a elevação da condição humana e o resgate da dignidade humana usurpada de um ser humano chamado trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **A declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2018.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A eliminação de todas as formas de trabalho forçado

ou obrigatório: convenções 29 e 105 da OIT. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2018.

Assembleia Geral da ONU. “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**”. 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acessado em: 15 de março de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho**. Salvador: Juspodium, 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. **Consolidação das leis Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em: 15 de março de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 15 de março de 2020.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. José Pereira. **Caso 11.289, Solução Amistosa, Relatório nº 95/03**, 2003. <Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, 20 de maio de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acessado em: 15 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei da ação Civil Pública. Lei Nº 7.347**, De 24 De Julho De 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acessado em: 21 de abril de 2020.

BRASIL. LEI Nº 4.504/1964. **Estatuto da Terra, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acessado em: 20 de março de 2020.

BRASIL. **Ministério Público do Trabalho**. <Disponível em: <https://mpt.mp.br/>>. Acessado em 22 de abril de 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Instrução Normativa nº 91 de 5 de outubro de 2011**. <https://www.anamt.org.br/portal/2017/03/02/instrucao-normativa-mtesit-n-o-91-de-5-de-outubro-de-2011/>. Acessado em: 20 de março

de 2020.

BRASIL. **Portal da Inspeção do Trabalho. Paineis de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil.** <Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. **PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2, DE 12 DE MAIO DE 2011** *Revogada pela Portaria Interministerial nº 02/2015.* Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P02_11.html. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. **Portaria Interministerial Nº 4, De 11 De Maio De 2016.** Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTPS/PORT_INTER_04_16.html. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. **Portaria Nº 540, De 15 De Outubro De 2004.** (Revogada pela Portaria Interministerial nº 02/2011). Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P540_04.html. Acesso em 19 abril. 2020.

BRASIL. **Portaria Nº 1.234, De 17 de Novembro de 2003.** Revogada pela Portaria MTE nº 540/2004 de 15/10/2004. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1234_03.htm. Acesso em: 20 abril. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Organização Internacional do Trabalho. **Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo.** Brasília: OIT, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos II **Plano Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo.** Brasília: SEDH, 2008.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com Redução à Condição Análoga à de Escravo: Análise a partir do Trabalho Decente e de seu Fundamento, A dignidade da Pessoa Humana. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous; VELOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (COORDS.). **Trabalho Escravo Contemporâneo: O Desafio de Superar a Negação.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRITO FILHO. José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho: trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente.** São Paulo: LTr, 2004.
BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente.** São Paulo: LTr, 2015.

CONECTAS. **Idas E Vindas Da Lista Suja Do Trabalho Escravo No Brasil**. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/lista-suja-trabalho-escravo>>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Características do trabalho escravo contemporâneo. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso do Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso do Direito do Trabalho**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

FLAITT, Isabela Parelli Haddad. O trabalho escravo à luz das convenções ns. 29 e 105 da organização internacional do trabalho. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli, COLNAGO Lorena de Mello Rezende (Coord.). **Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014.

GIL, Vilma Dias Bernardes. Fiscalização e trabalho forçado. In: GOMES, Ana Virgínia Moreira; FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues (Org.). **A declaração de 1988 da**

OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho: análise do seu significado e efeitos. São Paulo: LTr, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério público do trabalho: doutrina, jurisprudência e prática.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Francisco Melton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência.** 2 ed. São Paulo: LTr, 1997.

MACHADO, Livia. **História do Brasil. 128 anos da abolição da escravidão no Brasil.** Disponível em: publicado em: 13/05/2016. <<https://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/enem/2016/05/13/noticia-especial-enem,762306/128-anos-da-abolicao-da-escravidao-no-brasil.shtml>>. Acessado em: 15 de março de 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social.** São Paulo: LTr, 2001.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A OIT, o trabalho escravo e o trabalho decente: análise sob a perspectiva brasileira. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob a perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo:** conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

MPF. Portal da Transparência. Termo de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/termos-de-ajustamento-de-conduta>>. Acessado em 20 de abril de 2020.

MPF. Trabalho Escravo. Apresentação. **A campanha MPF no combate ao trabalho escravo.** Disponível em: <<http://www.trabalhoescravo.mpf.mp.br/trabalho-escravo/campanha.html>>. Acessado em: 22 de abril de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OIT. **O trabalho forçado no Brasil**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393066/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 21 abril. 2020.

PEREIRA, Leone. **Prática trabalhista**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar**. <Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

REPÓRTER BRASIL. **Escravo, nem pensar: Linha do tempo**. <Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/livro/linha-do-tempo/>>. Acessado em: 22 de abril de 2020.

Revista do Ministério Público do Trabalho. **MEIOS COADJUVANTES DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**. Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho. V 26. p. 34-46 .mar 1991.

ROCHA, Theo Lucas Pinheiro. A fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego contra a escravidão contemporânea no Brasil e seu processo administrativo interno. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal**. Belo Horizonte: RTM, 2015.

RODRIGUES, Adriana Letícia Saraiva Malounier. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal**. Belo Horizonte: RTM, 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr. 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENTO-SÉ, Jairo de Lins Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Daniel Neves. **Escravidão no Brasil**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadosbrasil/escravidao-no-brasil.htm>>.

Acessado em: 15 de março de 2020.

SILVA, Edson Braz da. **Inquérito civil trabalhista. Termo de ajustamento de conduta. Execução do termo de ajustamento de conduta na Justiça do Trabalho.** Revista do Ministério Público do Trabalho. São Paulo: LTr, Set. 2000.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Termo de ajuste de conduta.** São Paulo: LTr, 2004.

SCHWARTZ, Stuart B. Escravidão indígena e o início da escravidão africana. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo: a abolição necessária da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil.** São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. **Direitos fundamentais do trabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

STJ. **Mandado de Segurança: MS Nº 14.017 - DF (2008/0271496-6) Relator: Ministro Herman Benjamin.** DJe: 01/07/2009 <Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/temas-de-atuacao/trabalho-escravo/decisoes-judiciais/acordao_STJ_MS14017DF>. Acesso em 20 de abril de 2020.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas e TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr. 18ª ed., Vol. 1, 1999, p. 173

UFRGS. **A etimologia do trabalho.** <Disponível em: http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm#>. Acessado em: 15 de março de 2020.

VIANA, Márcio Tulio; SOARES, Thiago Moraes Raso Leite. Trabalho escravo e “Lista Suja”: velhos e novos enfoques. In: REIS, Daniela Muradas *et al.* **Trabalho escravo: estudos sob as perspectivas trabalhista e penal.** Belo Horizonte: RTM, 2015.

**Clique para voltar
ao Sumário**



FRAUDE À LICITAÇÃO: ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE ROBÔ NA ETAPA DE LANCES DO PREGÃO ELETRÔNICO

Alexandre Henrique de Almeida (Orientador: Prof. Me. Mário Hermes)

RESUMO: A utilização de softwares robôs na fase de lance nos pregões eletrônicos pode acarretar no cometimento do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 quanto à “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”, por apresentar vantagem desleal para o licitante que utiliza-se deste recurso. O Decreto nº 10.024/2019, com vigência a partir de 28 de outubro de 2019, estipulou o fim do tempo randômico para finalização da fase de lance no pregão eletrônico, como forma de minimizar o impacto causado pelos lances realizados por robôs, ampliando, sempre que houver um lance, a finalização da fase por mais 2 minutos, para oportunizar que uma pessoa possa realizar novo lance manual, mas tal alteração não resolveu o problema, pois ainda é possível a disputa interminável com o robô.

Palavras-chave: Licitações Públicas. Utilização de robôs. Fase de lance. Pregão Eletrônico.

ABSTRACT: The use of robot software in the bidding phase in electronic auctions can result in the commission of the crime provided for in art. 90 of Law 8.666 / 93 as to “frustrate or defraud, by means of adjustment, combination or any other expedient, the competitive nature of the bidding procedure, in order to obtain, for yourself or for others, an advantage resulting from the award of the object of the bidding”, for presenting an unfair advantage to the bidder using this resource. Decree No. 10.024/2019, effective as of october 28,2019, stipulated the end of the random time for completion of the bidding phase in the electronic auction, as a way to minimize the impact caused by bids made by robots, always expanding if there is a bid, the end of the phase for another 2 minutes, to make it possible for a person to make a new manual bid, but this change did not solve the problem, as it is still possible the endless dispute with the robot.

Keywords: Public tenders. Use of robots. Bidding phase. Electronic Auction.

INTRODUÇÃO

As aquisições de produtos e serviços pela Administração Pública, ocorre por meio da realização de procedimento licitatório, regido pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, tendo como a modalidade mais utilizada para aquisição de produtos e serviços padronizados o pregão.

Essa modalidade revolucionou a forma com que a Administração Pública realiza suas contratações. Uma das formas mais utilizadas é a digital, na qual a aquisição é realizada via pregão eletrônico, por meio do Portal de Compras (comprasnet) do Governo Federal. A ferramenta é disponibilizada na internet para todos os órgãos da Administração, sem custos, sendo a mais utilizada em âmbito nacional, mas alguns órgãos utilizam outras ferramentas.

A modalidade pregão foi estabelecida pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. O pregão na modalidade eletrônica foi instituído pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que tem natureza regulamentar, para dar eficácia ao art. 2º §1º da Lei 10.520/02.

A partir de 1º de junho de 2020, em observância ao Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, e à Instrução Normativa nº 206, de 18 de outubro de 2019, passou a ser obrigatório também o uso do pregão eletrônico para Municípios com menos de 15 mil habitantes nas licitações de bens e serviços comuns, com recursos da União, decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, o que amplia ainda mais a utilização dessa modalidade e os impactos que podem ser causados pela competitividade desleal.

DESENVOLVIMENTO

Segundo a Lei 10.520/02, o pregão deve ser utilizado para contratações de bens ou serviços de natureza comum, conforme dispõe seu art. 1º. O parágrafo único do referido diploma ao assevera que *“Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”*.

Nesse contexto, é possível verificar que a modalidade pregão na forma eletrônica

é amplamente utilizada pela Administração para aquisição de diversos itens, como por exemplo, na aquisição de galões de água, materiais de escritório, até na contratação de complexos serviços de tecnologia da informação e comunicação. Tal fato é relevante pois, diante disso, espera-se ampla participação da iniciativa privada nos certames, contemplado desde micro e pequenas empresas até grandes sociedades empresárias.

Segundo dados disponibilizados pelo Governo Federal, foram realizados entre janeiro de 2017 a janeiro de 2020, um total de 411.274 aquisições, no montante de R\$ 35.690.496.277,11 (trinta e cinco bilhões, seiscentos e noventa milhões, quatrocentos e noventa e seis mil duzentos e setenta e sete reais e onze centavos), conforme evidenciado abaixo:

Figura 1 - Indicadores do portalComprasnet



Fonte: (Painel de compras, Ministério da Economia, 2020).

Destaca-se, que somente a modalidade pregão, foi responsável por movimentar R\$ 29.855.914.510,10 (vinte e nove bilhões, oitocentos e cinquenta e cinco milhões, novecentos e quatorze mil quinhentos e dez reais e dez centavos), conforme verifica-se na figura abaixo, também extraída do Painel de Compras.

Figura 2 - Processos licitatórios realizados na modalidade pregão.



Fonte: (Painel de compras, Ministério da Economia, 2020).

Segundo informações do Ministério da Economia disponível no Painel de Compras, o pregão eletrônico representa mais de 90% de todas licitações realizadas. Na esfera Federal, 99% das licitações ocorrem na modalidade de pregão na forma eletrônica.

O procedimento licitatório deve observar o princípio da isonomia (igualdade) objetivando garantir tratamento igual a todos os licitantes que participam do certame ou seja, todos devem possuir iguais condições de competição.

O tratamento deve ser igual perante a lei, mas esse princípio pode ser relativizado, tendo em vista que a jurisprudência e doutrina reconhecem que a igualdade jurídica consiste em “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem*” (CELSO RIBEIRO BASTOS, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1978, p.225), conforme ocorre com regras mais benéficas para micro e pequenas empresas.

Ainda nesse sentido HELY LOPES MEIRELLES (2003, p. 264), por sua vez, assevera que a licitação é:

procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada

de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

A isonomia deve garantir a ampla competição entre os licitantes, resultando em maior vantajosidade para Administração, por permitir atingir o preço mais adequado para o fornecimento de bens e serviços.

O Artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal estabelece que as obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração Pública deverão ser precedidas de processo licitatório em que se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes.

O art. 3º, caput, da Lei n º 8.666/93, preceitua que a licitação tem por finalidade garantir observância ao princípio constitucional da igualdade e visa, selecionar a proposta mais vantajosa para Administração, ou seja, aquela dotada de menor custo e com maior qualidade.

Para Jessé Torres Pereira Júnior a vantajosidade nos procedimentos licitatórios visa:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda a licitação (sentido amplo) e o resultado que busca em cada licitação (sentido estrito). Licitação que não instigue a competição, para dela surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-lo por vício de ilegalidade, a par de apurar responsabilidades administrativa e penal por desvio de poder, caracterizado que houver sido ato de improbidade administrativa [...]

O procedimento licitatório é iniciado com a apresentação das propostas pelas empresas licitantes, por meio do sistema Comprasnet, depois desta fase, o sistema inicia a fase de lances.

Até 30 de outubro de 2019, quanto entrou em vigor Decreto 10.024/2019 (Novo Regulamento do Pregão Eletrônico), durante a fase de lances, o sistema mantinha o pregão aberto durante tempo aleatório que variava de zero a trinta minutos, e podia ser

encerrada a qualquer tempo.

É nesta fase em que se concentra a disputa entre as empresas. As licitantes apresentam lances constantes, com valores inferiores ao anterior e, ao final do período, a licitante com o menor valor ofertado e declarada vencedora do certame, observadas as preferências legais. Cabe destacar, que está é apenas uma fase dentro do procedimento e para que ocorra a adjudicação do certame ao vencedor, faz-se necessária a habilitação técnica e administrativa de todas as cláusulas presentes no edital convocatório.

Ocorre que, devido ao tempo aleatório, a velocidade com que era ofertado o lance era fator determinante para definição do vencedor, pois a qualquer momento a fase era automaticamente encerrada pelo sistema.

Nesse cenário, algumas empresas desenvolveram softwares, conhecidos como robôs de licitação, que identifica quando um lance foi ofertado por outro participante e por meio padrões preestabelecidos oferta em questões de milésimos de segundos novo lance. Essa vantagem no oferecimento rápido de lance permite que a empresa esteja sempre com o menor lance ativo, aumentando suas chances de ser vencedora.

Os robôs são capazes de suportar diversas programações, como preço mínimo que a empresa aceita para fornecer determinado item, o intervalo de tempo entre os lances, podendo este ser configurando de forma aleatória dentro de um período determinado, a diferença de valor entre as ofertas, entre outros. Por exemplo, a cada lance ofertado por outro participante, o sistema ofertara um novo lance com valor a menor em R\$ 0,01 (um centavo).

De acordo com o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro)¹, o robô é um componente de software desenvolvido para automatizar o envio de lances pelo fornecedor em um pregão, sem que o licitante precise navegar e acompanhar o processo. Essa ferramenta foi identificada a partir da leitura dos lances ofertados nas

¹ Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/serpro-habilita-bloqueio-de-robos-em-pregoes>, com acesso em maio de 2020.

atas dos pregões eletrônicos, cada vez menores e com intervalos de milésimos de segundo.

Os robôs estão cada vez mais modernos e completos; e oferecem soluções para mascarar seu uso ou burlar as proteções criadas pelos sistemas eletrônicos, como a inserção automática do código gerado entre os lances para enganar o sistema de "captcha" e a configuração de faixa de desconto com variação aleatória do valor da redução, mascarando a criação de um padrão idêntico de desconto, com variação de alguns centavos de reais para mais ou menos.

A utilização de robôs reduz a competitividade no certame por beneficiar somente as empresas que utilizam deste recurso, além de desestimular a participação de empresas que não possuem recursos para aquisição do software, afetando principalmente micro e pequenas empresas.

A realização desta prática causa danos à Administração por reduzir o interesse dos participantes devido à baixa probabilidade de que a empresa que não utiliza essa ferramenta seja vencedora, fazendo que com a redução da competitividade e da oferta, eleve o valor dos bens a serem adquiridos.

A que se considerar que durante a licitação, mesmo que uma pequena empresa ofereça o valor mínimo suficiente para cumprir a obrigação, outras empresas com custo semelhante e que utilizam de robô, poderão ofertar lances com valores irrisórios abaixo, para aumentar sua chance de vitória.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR) considera que a utilização dos robôs em pregões eletrônicos confere vantagem competitiva aos licitantes que detêm a tecnologia sobre os demais, em ofensa ao princípio da isonomia e ao caráter competitivo dos certames - artigo 3º da Lei 8.666/1993 e parágrafo único do artigo 5º do Decreto 5.450/2005.

Diante da ocorrência de tal prática, o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu posicionamento em que considera a utilização de robôs como prática que fere os princípios Administrativos.

No Acórdão TCU 2601/2011, entendeu o Tribunal de Contas da União que a

utilização de dispositivos automáticos para envio de lances (robô) fere o princípio da isonomia e determinou que a então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) adotasse recursos para evitar a utilização deste recurso.

Diante disso, o TCU emitiu o seguinte posicionamento:

Informativo de Licitações e Contratos 81/2011 Colegiado Plenário:

Enunciado: O uso de programas “robô” por parte de licitante viola o princípio da isonomia

Texto: Mediante monitoramento, o Tribunal tratou do acompanhamento do Acórdão nº 1647/2010, do Plenário, que versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). No Acórdão monitorado, o Tribunal concluiu que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet: “a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão; b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório; c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a Administração”. **Para o relator, os fatos configurariam a inobservância do princípio constitucional da isonomia, visto que “a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes”,** sendo que as medidas até então adotadas pela SLTI/MPOG teriam sido insuficientes para impedir o uso de tal ferramenta de envio automático de lances. Além disso, como as novas providências para identificar alternativa mais adequada para conferir isonomia entre os usuários dos robôs e os demais demandariam tempo, e a questão exigiria celeridade, entendeu o relator que MPOG poderia definir provisoriamente, por instrução complementar e mediante regras adicionais para a inibição ou limitação do uso dos robôs, de maneira a garantir a isonomia entre todos os licitantes, nos termos do art. 31 do Decreto nº 5.450/2005, razão pela qual apresentou voto nesse sentido, bem como por que o Tribunal assinasse o prazo de 60 dias para que a SLTI implementasse mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi

acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2601/2011-Plenário, TC-014.474/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo, 28.09.2011.

A Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, julgou que:

PROCESSO Nº: 498248/18

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993.

ENTIDADE: COMPANHIA PARANAENSE DE GAS INTERESSADO: COMPANHIA PARANAENSE DE GAS, JONEL NAZARENO IURK, LUIZ MALUCELLI NETO, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES ACÓRDÃO Nº 2276/18 - TRIBUNAL PLENO

Representação da Lei nº 8.666/93. Pregão Eletrônico. Uso de software robô. Apresentação de lances em menos de um segundo. **Procedência. Determinação de anulação da sessão de lances e repetição do ato e de adoção de critérios para coibir o uso de software robô de lances automáticos em seus certames licitatórios.** (*grifo nosso*)

Trata o presente processo de Representação da Lei nº 8.666/1993, proposta pela empresa Pardal Locações de Veículos e Serviços EIRELI em face da Companhia Paranaense de Gás – COMPAGAS, decorrente de suposta ofensa ao princípio da igualdade (art. 3º, Lei nº 8.666/1993) no processo licitatório de Pregão Eletrônico nº 21/2018, que tem por objeto o “registro de preços visando a futura e eventual contratação de serviços de locação de veículos, TIPO 1[1] e TIPO 2[2]”, no valor total máximo previsto de R\$ 2.046.839,52 (dois milhões, quarenta e seis mil, oitocentos e trinta e nove reais e cinquenta e dois centavos) (lotes 1 e 2).

A representação foi proposta, originariamente, perante o Tribunal de Contas da União, sob protocolo nº RE 58.557.296- 1, que, pelo Ofício nº /2018-TCU/SECEX-PR, de 9/7/2018 (peça 2), a remeteu a esta Corte. A referida licitação teve como vencedora nos dois lotes a empresa Fast Fleet Gestão de Frotas Ltda., pelos valores de R\$ 467.940,00 (quatrocentos e sessenta e sete mil, novecentos e quarenta reais) no Lote 1 e R\$ 747.018,48 (setecentos e quarenta e sete mil e dezoito reais e quarenta e oito centavos) no Lote 2.

A Representante alega violação da isonomia na competição, pois a licitante vencedora cobriu todos os lances de forma instantânea, em centésimos de segundo, com valores sempre R\$ 10,00 menores dos que apresentados pelas demais concorrentes. Com base nestas evidências, afirma que a vencedora fez uso do software robô, que viabilizou a oferta automatizada de lances conforme critérios previamente parametrizados, que correspondem àqueles definidos pela Pregoeira para o presente certame (tempo mínimo para lances de zero segundos; e no mínimo R\$ 10,00 de diferença).

Diante disso, sustentou que a utilização deste recurso, reconhecido como ilegal pela firme jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2601/2011 - Plenário - TC-014.474/2011-5), ofende a competitividade e compromete a isonomia entre os licitantes, requerendo a adoção de providências para restauração da legalidade. (grifo nosso)
(...)

(...)
OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em: **I – Julgar pela procedência da presente Representação, nos termos da fundamentação supracitada;** II – Expedir determinação à Companhia Paranaense de Gás – COMPAGAS, na pessoa de seu atual gestor e da Pregoeira responsável, para que **promovam a anulação da sessão de lances e a repetição do ato no Pregão Eletrônico nº 21/2018**, e que adotem critérios aptos a filtrar a participação de empresas munidas de softwares ilegais de lances automáticos, em especial, aqueles relativos a intervalos mínimos entre lances, neste e nos demais processos licitatórios da entidade; (grifo nosso)

Sobre o tema, cite-se os seguintes trechos do Acórdão nº 2601/2011 – Plenário – TCU, TC-014.474/2011-5, 28/09/11, de relatoria do Min. Valmir Campelo, que consiste no acórdão paradigma (*leading case*) sobre o tema. Verbis:

1. O uso de programas "robô" por parte de licitante viola o princípio da isonomia. Mediante monitoramento, o Tribunal tratou do acompanhamento do acórdão 1647/10, do plenário, que versou sobre a utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos conduzidos por meio do portal Comprasnet, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, orçamento e Gestão (MPOG). No acórdão monitorado, o Tribunal concluiu que, em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet: "a) é possível aos usuários de dispositivos de envio automático de lances (robôs) a remessa de lances em frações de segundo após o lance anterior, o que ocorre durante todo o período de iminência do pregão; b) com a possibilidade de cobrir lances em frações de segundo, o usuário do robô pode ficar à frente do certame na maior parte do tempo, logrando assim probabilidade maior (e real) de ser o licitante com o lance vencedor no momento do encerramento do pregão, que é aleatório; c) ciente dessa probabilidade, que pode chegar a ser maior que 70%, o licitante

usuário do robô pode simplesmente cobrir os lances dos concorrentes por alguns reais ou apenas centavos, não representando, portanto, vantagem de cunho econômico para a administração". Para o relator, os fatos configurariam a inobservância do princípio constitucional da isonomia, visto que "a utilização de software de lançamento automático de lances (robô) confere vantagem competitiva aos fornecedores que detêm a tecnologia em questão sobre os demais licitantes", sendo que as medidas até então adotadas pela SLTI/MPOG teriam sido insuficientes para impedir o uso de tal ferramenta de envio automático de lances. Além disso, como as novas providências para identificar alternativa mais adequada para conferir isonomia entre os usuários dos robôs e os demais demandariam tempo, e a questão exigiria celeridade, entendeu o relator que MPOG poderia definir provisoriamente, por instrução complementar e mediante regras adicionais para a inibição ou limitação do uso dos robôs, de maneira a garantir a isonomia entre todos os licitantes, nos termos do art. 31 do decreto 5.450/05, razão pela qual apresentou voto nesse sentido, bem como por que o tribunal assinasse o prazo de 60 dias para que a SLTI implementasse mecanismos inibidores do uso de dispositivos de envio automático de lances em pregões eletrônicos conduzidos via portal Comprasnet, no que foi acompanhado pelo plenário.

Ainda nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, entendeu que:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE PARECER TÉCNICO.

IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

De acordo com remansosa jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, "a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato" (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011). Preliminar afastada. **A necessidade da realização de perícia técnica a fim de dirimir as divergências suscitadas entre as partes a respeito da utilização de softwares (robôs) para dar lances em pregões eletrônicos é inviável na via estreita do mandado de segurança.** Apelação improvida.

(TRF-3 - AMS: 00023654320164036112 SP, Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA, Data de

Julgamento: 07/12/2016, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/01/2017). *(grifo nosso)*

A constatação da prática do uso de softwares robô é muito difícil, uma das técnicas utilizadas é a análise do intervalo mínimo de resposta entre os lances, nesse

sentido, o TCU manifesta que:

20829 – Contratação pública – Pregão eletrônico – Utilização de robô – Mecanismos de proteção à competitividade – Implantação – Obrigatoriedade – TCU

Em sede de representação, licitante alegou ter havido ofensa ao princípio da isonomia e ao caráter competitivo do certame, **em razão da utilização de software de lançamento automático de lances, conhecido como “robô”**. O certame foi promovido por meio do portal de compras Licitações-e, cujo serviço é oferecido pelo Banco do Brasil. Em análise, a Relatora reconheceu que a “utilização indiscriminada dos programas de remessa automática de propostas de licitantes em pregão eletrônico, a ponto de vulnerar o ambiente concorrencial e o princípio da isonomia, é, em grande medida, reforçada negativamente pela ausência de previsão, em normas técnicas e operacionais, de mecanismos que inibam essas distorções”, tais como: **“fixação de intervalo mínimo de resposta entre os lances ofertados por um mesmo licitante e entre as ofertas enviadas por distintos concorrentes”** e a fixação de “valor mínimo da diferença de valores entre os lances ofertados entre os concorrentes”, tal como prevê o art. 18, parágrafo único, do Decreto nº 7.581/11, no RDC. No caso concreto, a Relatora apontou a presença de fortes indícios de vantagem competitiva, considerando que a disputa foi dominada pelos lances de duas empresas, cujo intervalo de tempo entre as ofertas sucessivas foi, em média, inferior a 1 segundo, sendo uma delas a vencedora do certame. Diante disso, o Plenário do TCU fixou prazo para que o Banco do Brasil implemente “mecanismos inibidores dos efeitos nocivos que o uso de dispositivos de envio automático de lances pode criar no ambiente concorrencial dos pregões eletrônicos realizados no portal Licitações-e”. (TCU, Acórdão nº 1.216/2014, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. em 14.05.2014.). (MENDES, 2017.). *(grifo nosso)*

Depois dos debates sobre o tema, diversas iniciativas no sentido de coibir a utilização de robôs foram realizadas para buscar afastar a competição “desleal”.

O Projeto de Lei nº 1.592 de 2011 pretende proibir a utilização de robôs e afirma que *“a utilização desses mecanismos acaba por estabelecer condições injustas de competição”* e *“os fornecedores do Poder Público que não estivessem dispostos a recorrer a estes artifícios dificilmente poderiam sair vitoriosos em uma licitação”*. O projeto prevê ainda a suspensão de participação de licitação e impedimento de licitar com a Administração Pública por 2 (dois) anos.

Projeto de Lei 1.592/11

Ementa: proíbe o uso de robôs, softwares e programas de lances nos pregões eletrônicos. Integrantes da comissão votaram favoravelmente ao parecer do deputado Arolde de Oliveira (PSD-RJ). Segundo Arolde, a atuação dos "robôs eletrônicos" reduz a concorrência nos pregões realizados pelo poder público. "Pequenas empresas não têm condições financeiras para se equipar com esses softwares, o que restringe as compras governamentais apenas às empresas que dispõem desse recurso", destaca o deputado. Em resumo, a proposta proíbe o uso de qualquer artifício computacional nos pregões eletrônicos capaz de, em frações de segundo, cobrir cada lance concorrente. "Tais aplicativos são ofensivos ao interesse público, pois impedem a que os competidores estejam em igualdade de forças. Temos que enfrentar esse problema que tem realmente afastado as empresas de pequeno porte das licitações", afirma. O fornecedor que utilizar dispositivos eletrônicos nos pregões será suspenso da participação em licitações e será impedido de realizar contratos com a administração pública pelo prazo de dois anos. O texto segue para as Comissões de Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania. (PSD Câmara/Redação)

26/02/2019 - Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)

- Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-155/2019.

Também foi apresentado o Projeto de Lei 2631/2011, que também objetiva a proibição da utilização dos robôs nas licitações, conforme apresentado abaixo:

PL 2631/2011

Ementa: Acrescenta o art. 5º-A na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para proibir a utilização de software "robôs" nos pregões eletrônicos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

26/02/2019 - Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)

- Desarquivado nos termos do Artigo 105 do RICD, em conformidade com o despacho exarado no REQ-155/2019.

Verifica-se que tanto os órgãos de controle quanto o poder legislativo entendem que a utilização desta tecnologia, motivada pelos avanços tecnológicos, frustra o caráter competitivo do certame, mas os projetos de Lei em comento ainda estão em tramitação e não foram convertidos em lei. Isso importa dizer, que não existe tipificação jurídica para a conduta em análise, não existindo assim penalização específica para o uso dos

robôs.

Atualmente aplica-se a interpretação do art. 90 da Lei de licitação, no entendimento de que a frustração da competitividade, visando vantagem para si, é considerado crime.

Como leciona Hely Lopes Meirelles:

a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Seguindo esse raciocínio Henrique Savonitti Miranda, compara as atividades de um gestor privado (Princípio da Autonomia da vontade) as de um gestor público de forma a esclarecer que “o *administrador privado conduz seu empreendimento com dominus, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão*”. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado.

Diga-se, ainda, que “o *administrador privado pode, inclusive, conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...)*”.

Os empresários argumentam que, diferentemente da Administração Pública, que deve tratar todos os licitantes de modo igualitário, as empresas privadas entre si, devem utilizar-se de todos os instrumentos necessários para se diferenciarem, por meio de processos, tecnologias, meios de produção, matérias prima, entre outros, pois é esta diferença que permite que as empresas possam alcançar melhores custos de produção e conseqüentemente possam oferecer a melhor ofertar à Administração.

Diante disso, alegam que o software robô é instrumento tecnológico que permite maximizar sua eficiência durante a licitação, não sendo um recurso para burlar a legislação, mais sim, uma inovação para aumentar a performance de seus processos.

Para essas empresas, é dever da Administração tratar todos licitantes de forma igualitária, mas entre elas, deve imperar a singularidade de atuação, a fim de que se possa atingir a proposta mais vantajosa no certame. Se todas as empresas utilizassem a mesma tecnologia e processo, não haveria competitividade.

Atualmente existem empresas que fornecem o serviço de robô como serviço para as licitantes. É possível encontrar até mesmo diversos vídeos na internet apresentando o funcionamento da ferramenta em licitações reais.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) no informativo de jurisprudência nº 202, da Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência, datado de 15 de agosto de 2019, em posição divergente aos demais tribunais pesquisados, entende que o uso de robô por si só não é fator suficiente para não determinar a vitória de um licitante.

O conselheiro substituto Adonias Monteiro tinha acolhido a Denúncia número 1.066.880 e proferido medida cautelar pela suspensão do Pregão Eletrônico 46/19 da Secretaria de Estado de Defesa Social (Seds). A licitação tinha por objeto o fornecimento de refeições e lanches às unidades prisionais de São João del-Rei e Resende Costa. A motivação era a utilização, sem regulamentação, de softwares (robótica) pelos licitantes na realização de lances durante o pregão eletrônico.

Ao analisar a decisão a Primeira Câmara do TCEMG, após debates acerca do tema, não referendou, a decisão monocrática do conselheiro, proferindo decisão nos seguintes termos:

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. FORNECIMENTO CONTÍNUO DE REFEIÇÕES E LANCHES PRONTOS PARA UNIDADES PRISIONAIS. APRESENTAÇÃO DE LANCES EM TEMPO IGUAL OU INFERIOR A UM SEGUNDO. UTILIZAÇÃO DE SOFTWARE ROBÓTICO DE REMESSA AUTOMÁTICA DE PROPOSTAS. PONDERAÇÃO NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA COM OS PRINCÍPIOS DA ECONOMICIDADE, CELERIDADE E EFICIÊNCIA. OBSERVÂNCIA DA COMPETITIVIDADE NO CERTAME. **DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO REFERENDADA.**

1. Não há nenhum impedimento legal para utilização de robótica em procedimentos da Administração Pública, especialmente na realização de lances em Pregão Eletrônico.

2. Tratando a questão de processos licitatórios, a otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e a eficiência, princípios caros à Administração Pública.

3. O uso de robô por si só não determina a vitória do licitante. (Denúncia n. 1066880, Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro, publicação em 10/7/2019). *(grifo nosso)*

Na sessão foi vencedor o entendimento do conselheiro Sebastião Helvécio. Ele afirmou não encontrar impedimentos legais para a utilização da robótica na realização de lances em pregões eletrônicos. *“Esse é um passo histórico para o TCEMG, de modo pioneiro, para reconhecermos a importância desse tipo de tecnologia da informação em processos licitatórios e estimular a utilização dessas ferramentas que dão celeridade às decisões”*.

O Conselheiro destacou que não encontrar falta de isonomia na utilização da tecnologia. *“No caso concreto, observa-se que o último lance ofertado no limite do tempo randômico seria possível tanto por um robô quanto por um ser humano; e ressalto que o tempo “randômico” em si oferece risco tanto para robô quanto para ser humano, posto que o período de sua duração varia de um segundo até 30 minutos. E, mais, verifica-se que as empresas licitantes estavam competindo entre si com propostas praticamente idênticas, ou seja, o uso da robótica não se mostrou preponderante para a vitória da empresa denunciada”*.

Helvécio reforçou ainda posição favorável ao uso das tecnologias na Administração Pública. *“A utilização de software nada mais é do que mecanismo de eficiência para baixar os lances rapidamente. Penso que, cada vez mais, é necessário não temer a inovação no serviço público, utilizando-se a tecnologia em benefício da sociedade. Tratando a questão de processos licitatórios, a otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e eficiência, princípios caros à Administração Pública”*.

Cumprido lembre que em sentido contrário, no primeiro semestre de 2019, dois Projetos de Lei foram desarquivados e colocaram novamente em debate no âmbito do Congresso Nacional a criminalização da prática de utilização de softwares robô nas licitações.

A verificação por parte da Administração Pública da utilização deste recurso é extremamente difícil, pois os softwares utilizam-se diversos recursos para mascarar sua atuação.

O modo de atuação do robô simula o comportamento do ser humano na digitação dos valores dos lances, fazendo com que a ferramenta comprasnet não seja capaz de

diferenciar se trata-se de uma atuação humana ou automática, para que seja possível travar o envio de lances e possibilitar a adoção das medidas cabíveis para mitigar tal conduta.

Anteriormente, quando o pregoeiro identificava que o intervalo entre lances era inferior ao estabelecido na Instrução Normativa (IN) nº 3/2011 do Ministério do Planejamento, que estabeleceu o tempo mínimo de 3 segundos de intervalo entre os lances, era facultado ao pregoeiro a possibilidade de excluir aquele lance. Ocorre que em 20 de setembro de 2019, para possibilitar a implementação do Decreto nº 10.024 a referida instrução normativa foi revogada pela IN nº 210 do Ministério da Economia, eliminando possibilidade dessa atuação para coibir tal prática.

O Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, com vigência partir de 28 de outubro de 2019, regulou o fim do tempo randômico para finalização da fase de lances no pregão eletrônico e estabelece o tempo de prorrogação. Vale destacar que o decreto em tela não alterou a Lei 10.520/02 ou a Lei 8.666/93.

Diante disso, a etapa de lances públicos passou a possuir prazo fixo de 10 minutos, prorrogado automaticamente, enquanto houver lances, por mais 2 minutos.

Todas as vezes em que ocorre um novo lance dentro desse período, o relógio é reiniciado com mais 2 minutos de duração, o certame finaliza automaticamente, somente quando não houver mais lances. A alteração realizada retirou o encerramento aleatório, para oportunizar que pessoas possam sempre ofertar lances manuais.

O Decreto nº 10.024/2019, estabelece que:

Modo de disputa aberto

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do caput do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará **dez minutos** e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos **dois minutos** do período de duração da sessão pública.

§ 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o caput, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.

§ 2º Encerrado o prazo de que trata o § 1º, o sistema abrirá a oportunidade para que o autor da oferta de valor mais baixo e os autores das ofertas com valores até dez por cento superior àquela possam ofertar um lance final e fechado em até cinco minutos, que será sigiloso até o encerramento deste prazo.

Diante da expressiva utilização da modalidade de pregão eletrônico e do montante de recursos movimentados anualmente, verifica-se que o tema possui grande relevância para Administração Pública.

A inovação estabelecida pelo decreto em comento não resolveu a questão quanto a utilização de softwares robôs, mas somente alterou a forma com que a vantagem desleal é fornecida às empresas.

Surge agora a possibilidade da realização de um pregão “infinito”, com extensiva duração.

As empresas que fazem a utilização de robôs poderão programar seus softwares para apresentar novo lance, com diferença de centavos abaixo do lance anterior, para perdurar o certame aberto por tempo indeterminado, até a exaustão da pessoa que realiza lances manuais.

Por exemplo, uma empresa que não faz uso do robô utilizará de um funcionário para realizar o lance, as empresas que fazem uso de robô, poderão o configurar para que o software forneça lance de, por exemplo, 1 centavo a menor, fazendo com que o ser humano tenha que repetir essa ação por infinitas vezes para conseguir ser vitorioso.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que houve avanço na legislação buscando reduzir os impactos causados pela utilização de softwares robô na fase de lance das licitações na modalidade pregão eletrônico, mas as alterações realizadas não foram suficientes para resolver o problema, alterando somente a forma com que as ferramentas atuam.

Tendo em vista o montante bilionário de recursos que são movimentados nas licitações públicas anualmente e, conforme entendimento dos órgãos de controle e dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, que visam a criminalização de tal

prática, a utilização de robôs deve ser disciplinada, de forma a possibilitar que todas as empresa interessadas em fornecer bens e serviços para Administração Pública possam disputar de modo igualitário cada lance, aumentando assim a competitividade para que se possa sempre obter a maior vantajosidade possível nas aquisições.

Há que se levar em consideração que o avanço tecnológico é algo que não há como ser freado e as ferramentas tecnológicas disponibilizadas faz com que ocorram grandes evoluções sociais. A utilização de robôs pose sim ser útil para os licitantes durante os pregões eletrônicos, pois várias de suas funcionalidades, que permitem o planejamento financeiro para adequada execução dos contratos, faz com que os licitantes possam se planejar e efetivamente saber o preço mais competitivo e com capacidade para garantir a entrega dos produtos adquiridos.

Ocorre que as ferramentas não podem estar somente acessíveis para empresas com capacidade financeira para adquirir o software, pois este deve estar acessível a todos os licitantes. Diante disso, uma possibilidade seria que o próprio Governo disponibiliza-se software robô padronizado para todos os licitantes dentro do próprio portal do Comprasnet, tal iniciativa permitiria a condição igualitária de participação entre os licitantes, além da evolução do processo de licitação da forma que atualmente acontece.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2019. Texto Original.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 nov. 2019. Texto Original.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição

Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm. Acesso em: 26 out. 2019. Texto Original.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.592, de 14 de junho de 2011.** Proíbe o uso de robôs, softwares e programas de lances nos pregões eletrônicos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509026>. Acesso em 23: nov. 2019. Texto Original.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.631 de 1 de novembro de 2011.** Acrescenta o art. 5º-A na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para proibir a utilização de software "robôs" nos pregões eletrônicos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=525937>. Acesso em: 23 nov. 2019. Texto Original.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005.** Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5450.htm. Acesso em: 26 out. 2019. Texto Original.

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.** Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm. Acesso em: 10 nov. 2019. Texto Original.

BRASIL. Painel de Compras do Governo Federal. 2020. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/>, com acesso em 25 de maio de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão n.º 2601/2011- Plenário, de 28 de setembro de 2011.** TC-014.474/2011-5, rel. Min. Valmir Campelo.

BRASIL. Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro). Bloqueio do uso de robôs em pregões. 2011. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-antigas/serpro-habilita-bloqueio-de-robos-em-pregoes>, com acesso em 25 de maio de 2020.

BRASIL. Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Ano XIV. Nº 1.897. Agosto de 2019. Disponível em:

<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/8/pdf/00330750.pdf>, com acesso em 25 de maio de 2020.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito administrativo**. 3.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 5 edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

**Clique para voltar
ao Sumário**



ESTUPRO VIRTUAL – UM CRIME REAL

Ana Carolini Martins Pedrosa e Suzy Gomes Colaço (Prof. Me. Alessandro Rodrigues Faria)

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo realizar um estudo jurídico sobre o crime de estupro e a possibilidade de sua aplicação por meio da ferramenta virtual (internet). Outrossim, este projeto foi desenvolvido através de pesquisas doutrinárias, de bibliografias e artigos eletrônicos, realizando-se um estudo pelo método hipotético- dedutivo. Data vênua, o enquadramento do crime de estupro perpetrado no ambiente virtual só se tornou possível em decorrência da Lei nº 12.015/2009, à qual alterou o artigo 213 do Código Penal, onde para a configuração de tal crime (estupro) não mais se faz necessário o contato físico entre o autor e a vítima (cópula integral ou parcial). Conquanto, perfaz que a tipificação do crime é a medida mais correta que se impõe ao levar em consideração aos danos e abalos psicológicos e demais consequências decorrentes da violência.

Palavras-chave: Direito Penal. Estupro virtual. Estupro.

ABSTRACT: The present work aimed to carry out a legal study on the crime of rape and the possibility of its application through the virtual tool (internet). Furthermore, this project was developed through doctrinal research, bibliographies and electronic articles, carrying out a study using the hypothetical-deductive method. Therefore, the framing of the crime of rape perpetrated in the virtual environment only became possible due to Law N° 12,015 / 2009, which amended article 213 of the Penal Code, where for the configuration of such crime (rape) it is no longer done physical contact between the perpetrator and the victim is necessary (full or partial copulation). However, it states that the classification of the crime is the most correct measure that is necessary when considering the damage and psychological upheavals and other consequences resulting from this violence.

Keywords: Criminal Law. Virtual rape. Rape.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho monográfico visa estudar minuciosamente a expressão “estupro virtual”, expressão essa ligada à crimes sexuais ocorridos no meio virtual, o termo vem ganhando espaço nos veículos de comunicação, no entanto, não possui um estudo aprofundado nos meios doutrinários, jurisprudenciais e nem sua

tipificação na legislação pátria, neste ensejo, incita a proposta de problematização, há possibilidade de tipificação do Estupro em sua modalidade virtual de acordo com o Art. 213 do Código Penal?

O objetivo geral do presente estudo visa analisar cabalmente a possibilidade da configuração do Estupro por meio virtual, analisando as vertentes que já consideram como crime sexual, crimes cometidos no meio virtual, abordando a desnecessidade de contato físico para a configuração do crime, sendo os objetivos específicos o conceito e a origem histórica do Estupro, sua caracterização, tipificação, a análise da divulgação de foto ou cena de Estupro no meio virtual, os danos causados a vítima de estupro, a ausência de tipificação do estupro na modalidade virtual e a viabilidade de sua tipificação tendo em vista os critérios de proporcionalidade para definição de crime.

A metodologia adotada para o desenvolvimento da presente pesquisa passa pela descrição e análise do ordenamento jurídico pátrio, bem como uma pesquisa pormenorizada das decisões acerca do tema, ainda, à luz da doutrina existente, um estudo por meio de um compilado de doutrinadores jurídicos sobre crimes virtuais e sexuais, e por fim análise da possível tipificação de acordo com o Código Penal Brasileiro.

O primeiro capítulo trata do conceito e origem histórica do crime de estupro, as primeiras punições e práticas desse crime nas sociedades, são demonstrados ainda as evoluções da legislação pátria acerca do crime de estupro de acordo com o desenvolvimento da sociedade e a ascensão dos códigos penais através do tempo.

Seguindo, o segundo capítulo expõe o conceito e a análise da possível tipificação do estupro virtual sob perspectiva da legislação pátria atual, ostentando o envolvimento dos agressores sexuais diante da coação das vítimas à praticarem atos libidinosos para satisfazerem unicamente o ímpeto sexual desses agressores, além disso, foram abordados casos emblemáticos divulgados na mídia com o uso da expressão estupro virtual, análises das divulgações de foto e cena de estupro no meio virtual e as possíveis punições à esses crimes, o estudo dos danos causados às vítimas de estupro com um comparativo visando demonstrar que o sofrimento das vítimas de crime sexual, inerente a modalidade virtual ou não, são reais e

provocam abalos e perturbações psíquicas que podem desencadear problemas psicológicos graves.

O terceiro capítulo versa sobre a ausência de tipificação do estupro em sua modalidade virtual, este capítulo visa demonstrar que o bem jurídico ressaltado no crime de estupro, seja modalidade virtual ou não, oferece danos à dignidade sexual da vítima e a sua liberdade sexual. Além disso, são trazidos os prejuízos que a ausência de tipificação do crime podem gerar. Após, é demonstrada a viabilidade da tipificação do crime em estudo, relacionando os critérios de proporcionalidade aplicados de acordo com o crime de Estupro tipificado na legislação pátria presente.

Por fim, o presente trabalho tem como objetivo a configuração do crime de estupro em sua modalidade virtual sob a tipificação do artigo 213 do Código Penal, ressaltando a importância do acompanhamento da legislação nas transformações ocorridas na sociedade através do tempo, com foco na expansão do meio virtual e dos veículos de comunicação, veículos estes que facilitam a prática dos delitos sexuais no meio cibernético, nesse contexto, é gerada a necessidade de conter essas práticas e resguardar direitos. Portanto, sobretudo, este estudo busca sanar uma necessidade atual, tendo em vista as mudanças e evoluções sociais no tempo.

CAPÍTULO 1 – ESTUPRO

1.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

O presente capítulo abordará o conceito do estupro e sua origem histórica, como era praticado, punições e seus efeitos perante a sociedade. Neste contexto, serão apresentados os ensinamentos doutrinários que tratam sobre este assunto, bem como a forma de sua interpretação e a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o dicionário Aurélio o significado da palavra estupro consiste em: “Ato de forçar, de obrigar alguém, através de violência ou de ameaças, a praticar o ato sexual contra sua própria vontade: muitas mulheres sofrem com o estupro, mas têm medo de denunciar.”

Nesse sentido, Ferreira (1986. p. 731) abarca a etimologia da palavra "Estupro" que procede do termo latino stuprum (ver: stuprum) ou ainda, como

Braun (2002, pg.21) explana, de stupore, significando "estupefato", ficar imóvel, ficar atônito. Já "Violação" procede do termo latino violatione ou ainda, conforme Grossi (2012, p.84) de violare: estragar, danificar, devastar, profanar.

Ainda, sob a perspectiva das palavras de Hungria (1959, p. 116):

Estupro (viol, Notzucht, violenza carnale, violación) é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.

A origem histórica no Brasil, durante o período colonial, não possuía liberalidade para criar sua própria legislação, sendo regido pelas leis vigentes em Portugal. Nesse período, estiveram em vigor as Ordenações, respectivamente, as Afonsinas (1500-1514), Manuelinas (1514- 1603) e Filipinas (1603 – 1916). (FAYTE, 2011)

A figura do direito penal era baseada no Direito Canônico confundia-se o crime com o pecado, deste modo, estas Ordenações ficaram caracterizadas pela severidade com que penalizava os crimes. (FAYTE, 2011)

Fica claro que as leis eram determinadas de acordo com os costumes e religião da época. Assim, aquele que descumprisse as regras de Deus seria punido como pecador.

Nas Ordenações Afonsinas o delito em análise era previsto no Livro V, sob o Título VI, denominado "Da *mulher* forçada, e como te deve a provar a força". Nesses termos, o dispositivo previa o delito de estupro da seguinte forma:

Que se alguma mulher forcarem em povoado, que deve fazer querela em esta guisa, dando grandes vozes, e dizendo, „vedes que me fazem“, indo por três ruas; e se o assim fizer, a querela seja valedoura: e deve nomear o que a forçou por seu nome. (Código Afonsino, 1446)

Ao longo da evolução dessa legislação, ficou definido que todo homem, não importando seu estado ou condição, que forçosamente dormisse com mulher casada, religiosa, moça virgem ou viúva, que vivesse honestamente, seria morto

por isso, e não poderia ser absolvido da pena em hipóteses alguma, nem mesmo se cassasse com a vítima ou gozasse de privilégio pessoal, salvo se o rei quisesse absolvê-lo por graça especial. Aquele que ajudasse ou desse conselho a outrem para estuprar, era punido de igual forma. (BUENO, 2008).

Nesse sentido, a lei previa o crime de estupro apenas contra as mulheres que fossem consideradas à época como honestas de acordo com a moral vigente na sociedade antiga. A pena imposta ao estuprador era de morte e não existia absolvição.

Já nas Ordenações Manuelinas, o crime que relacionava ao estupro estava previsto no Título XIV do Quinto Livro das Ordenações como “Do que dorme por força com qualquer mulher, ou a constrange, ou a leva por sua vontade”.

Analisando a punição para o delito em estudo a pena para o criminoso era uma só, não importando seu estado ou condição. Aquele que dormisse de maneira forçada com qualquer mulher, mesmo que ela fosse escrava, ele deveria pagar com sua vida, isso independentemente de se casarem, ainda que haja mutuo consentimento. (PIERANGELI, 2001)

A tipificação nessa lei se abrangia de tal forma que foi incluído até mesmo escravas (pessoas que possuíam direitos humanos reduzidos em grande exponencial) e ainda que a conjunção carnal fosse consentida, seria considerado estupro.

Por fim, as Ordenações Filipina, publicadas em 1603, tratavam-se dos 143 Títulos do Livro V, também denominadas de Código Filipino, promulgado por Filipe I, rei de Portugal, e ficou em vigência por um tempo maior que os anteriores. Este código foi um poderoso instrumento para a ação política do monarca, tanto em Portugal como nas terras colonizadas pelos portugueses. O título XVIII do livro V das ordenações, tratava exclusivamente dos crimes sexuais.

Greco descreve sobre o código Filipino, como sendo o primeiro código penal Brasileiro:

O Nosso primeiro Código Penal surgiu no período do Brasil colonial, em 1603, chamado Código Filipino. Nas Ordenações Filipinas ordenava-se no sentido de generalizada criminalização e de severas punições, predominando a pena de morte, dentre

outras, as penas vis (açoite, corte de membro, mutilações, etc); degredo, multa; e a pena -crime arbitrária, que ficava a critério do julgador já que inexistia o princípio da legalidade. A preocupação de conter os maus pelo terror, vinculava-se ao delito, que era confundido com pecado ou vício. Consagravam-se amplamente nas Ordenações a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a gravidade do fato e a qualidade da pessoa, por isso em regra, os nobres eram punidos com multa e os peões eram reservados os castigos mais severos e humilhantes.

Apesar de que nas Ordenações Filipinas não tivesse sido utilizada o termo “estupro”, já havia previsão legal para a conduta delitiva de praticar conjunção carnal “per força”, a qual era punida com a pena de morte, ainda que o autor se casasse com a vítima. Assim descrevia o Título XVIII, do Livro V, do Código Filipino:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (...) 1. E postoque o forçador depois do maleficio feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 29)

Vigente por pouco mais de dois séculos, as ordenações deram lugar a Constituição do Império dois anos após a proclamação de Independência do Brasil.

No Brasil Império o Código Criminal do Império de 1830, previa os crimes sexuais no Capítulo II, intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”, que era dividido em três seções: “Secção I. Estupro”; “Secção II. Rapto”; “Secção III. Calúnia e injúria”. Portanto, a tipificação do estupro propriamente dito, dentre esses crimes, era a seguinte:

Art. 222. Ter cópula carnal por meio de violencia ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas – de prisão por um mez a dous annos. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 243)

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher,

sem que se verifique a copula carnal. Penas - de prisão por um a seis meses, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa. (O código criminal do império de 1830)

Percebe-se que aqui é feita uma diferenciação entre a vítima “mulher honesta” e a vítima “prostituta”. No primeiro caso, em se tratando de “cópula”, o agressor era apenado com até 12 anos de prisão, além precisar “dotar a offendida”, mas quando se tratava de uma prostituta a punição era consideravelmente mais branda, podendo o ofensor ser punido com prisão de um mês a dois anos.

Ainda, no mesmo código, nos casos em que o réu optasse por casar com a vítima, as penas cominadas nos artigos anteriores, se tratando de “cópula carnal” e “ofensas para ato libidinoso”, seriam consideradas nulas, como exposto: “Art. 225. Não haverão as penas dos três artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.”

Portanto, mesmo a mulher se tratando do sujeito passivo, a ofensa recebida não era o suficiente para aplicação da lei, era necessário considerar as características externas de acordo com o contexto da época, ainda assim, seria o começo de uma feição próxima à atual, onde abrangia o ato sexual clássico. (ESTEFAM, 2016).

Já no Brasil República em 11 de outubro de 1890, foi promulgado o Código Criminal da República, nele foi inserido a tipificação do Estupro advertindo que este, por si só, não seria um crime ligado apenas à segurança da honra mas também uma ofensa à honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, em seu Título VIII (Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor), Capítulo I (da violência carnal), nos esclarece a tipificação do estupro “Art. 269 - Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.”

É importante salientar que foram mantidas as diferenciações entre as mulheres consideradas “honestas” e das vítimas “prostitutas”, assim como no Brasil Império, as penas eram mais brandas nos casos em que as vítimas eram consideradas mulheres “honestas”, de acordo com o Art. 268 que esclarecia: “estuprar mulher virgem ou não mas honesta”, era empregada a pena de um a seis

anos.

Além disso, fora introduzido a figura da “mulher pública”, semelhante a prostituta, em que a pena cominada de acordo com o §1 do artigo citado acima, era de 6 meses à dois anos, a concepção de “mulher privada” era a pertencente à família e ao marido, nos casos em que a ofendida é uma “mulher privada” o ofensor deveria custear um dote à família, cabendo observar que o pagamento deste dote mostrava que a pretensão não era recuperar a honra das mulheres mas de seu marido e família. (Machado, 1998).

Por tudo, cabe inserir por fim, que estas diferenciações citadas revelam o valor da imagem da vítima, além do martírio de sofrer a violência sexual, ser julgada de acordo com a apreciação pública de sua honestidade, torna sem dúvida mais doloroso e constrangedor o crime sofrido. (ESTEFAM, 2016)

Na linha do tempo o Código Penal de 1940, prosseguiu tratando do crime de Estupro em seu título VI (Crimes contra os costumes), Capítulo I, (Dos crimes contra a liberdade Sexual), em seu art. 213, foi definido como: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”

A pena cominada para quem praticava o crime era de três à oito anos, sendo assim, é importante destacar que os crimes sexuais como o Estupro, no contexto da época, ainda possuíam status de crime contra os costumes e não contra pessoas. (CAMPOS, MACHADO, NUNES, SILVA)

Ainda, assim como exposto no Código de 1890, foram mantidos o Atentado Violento ao pudor em seu Art. 214 e tipificado a posse sexual de mulher honesta mediante fraude em seu Art. 215, como expõe:

Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Art. 215 - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.

Sendo assim, pode se inferir que o crime de estupro foi tratado em diversas leis, costumes e moral vigente da sociedade Brasileira, nesse sentido, a atualidade continua a tratar do tema e leis mais recentes continuaram a transformar o delito e suas penalidades.

A lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, promulgada dia 25 de Julho de 1990, por exemplo, passou a considerar Estupro e Atentado Violento ao Pudor como Crime Hediondo, como consta em seu Art. 1º:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados.

Além disso, fora computado um aumento nas penas destes crimes, sendo respectivamente reclusão de seis a dez anos, quando anteriormente era de três à oito anos como previsto no Código Penal de 1940, portanto um aumento considerável.

Ainda, no âmbito doutrinário e jurisprudencial instalou-se discussão acerca da aplicação da denominação de Crime Hediondo, foi questionado se o uso do termo “Crime Hediondo” seria aplicado de forma abrangente, ou seja, se haveria ou não uma distinção do crime de Estupro em sua forma “simples” ou a aplicação deste termo necessitava para sua aplicação situações em que o Estupro ocorresse de forma qualificada, apesar do impasse sobre o referido tema o entendimento majoritário entendia que o crime de Estupro seria Hediondo, não necessitando de qualificadoras ou outro meio para sua aplicação.(FAYET, FÁBIO).

Já a Lei nº 12.015/2009 proporcionou uma grande mudança na disciplina dos crimes sexuais no Código Penal de 1940. Primeiramente, a importante alteração do título em que esses crimes se localizavam no Código, passou a ser chamado de: “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Damásio de Jesus 2010 destaca que antes da Lei nº 12.015/2009, que o objeto de proteção do Título VI do Código Penal “residia no interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Em última análise, protegia-se a moral pública sexual.”

Segundo, foi a junção entre os tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor, extinguindo o último. A atual redação do art. 213 define o estupro como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, cominando a pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão.

Com o surgimento da nova redação, tanto o homem como a mulher passaram a ser vítima de estupro, assim como a mulher também pode figurar no polo ativo. O objeto do constrangimento é o termo “alguém”, isto é, qualquer pessoa. Destaca-se ainda, que descabe falar-se em extinção do crime de atentado violento ao pudor, pois a conduta passou a ser prevista como estupro.

Terceiro, a revogação do art. 224, cuja redação se presumia a violência da conduta do agente, concretizado aquela em um dos elementos necessários para sua subsunção ao tipo do estupro, diante de certas situações em que se encontrava o sujeito passivo quando da prática libidinoso, especialmente, quando a vítima não era maior de 14 (catorze) anos. Agora a violência só é presumida no caso do art. 217-A, que descreve o crime de estupro de vulnerável:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. São também considerados vulneráveis aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. 21 SILVA, Igor Serrano

Ressalte-se que para a configuração do crime do art. 217-A é desnecessário o consentimento da vítima, segundo a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça:

O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Quarto, a Lei nº 12.015/2009 também modificou o art. 225 do Código Penal, estabelecendo que os crimes sexuais procedem mediante ação penal pública condicionada à representação, sendo, porém, incondicionada quando a vítima se

tratar de menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Por fim, outra importante mudança em matéria de crimes sexuais trazida pela Lei nº 12.650/2012, que incluiu o inciso V ao art. 111 do Código Penal, estabelecendo que:

“nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal”.

Assim, infere-se que a lei supracitada trouxe diversas alterações importantes para nosso atual ordenamento jurídico, dentre as principais modificações, que o homem e a mulher podem ser sujeito ativo do crime e que será punido de forma mais severa o crime de acordo com as especificidades das vítimas como menores de idade e pessoas vulneráveis.

A última mudança acerca do tema objeto deste estudo ocorreu na Lei nº 13.718/2019, promulgada em 24 de Setembro de 2018, alterando o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), tornando pública incondicionada a natureza da Ação Penal dos Crimes Contra Liberdade Sexual, portanto, tornando o crime de Estupro um crime de natureza pública incondicionada, exposto no seu Art. 225: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.”

Além dessa relevante modificação, o Estupro Coletivo (por definição da lei aquele em que é praticado “ mediante concurso de dois ou mais agentes”) e o Estupro corretivo passaram a ser causas de aumento de pena, neste ensejo, fora previsto um aumento de pena de 1/3 à 2/3, este aumento é aplicado nos seguintes casos:

Art. 234-A: III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez; IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.” (NR)

Apesar da definição clara e precisa acerca do “Estupro Coletivo”, como visto

acima, o Estupro Corretivo é um tema de maior complexidade, neste ensejo é necessário esclarecer, sob a seguinte perspectiva:

O 'estupro corretivo' foi definido como um 'crime de ódio no qual uma pessoa é estuprada por causa de sua orientação sexual ou de gênero percebida, buscando que como conseqüente do estupro seja 'corrigida' a orientação da pessoa, ou que 'ajam' de maneira mais condizente com seu gênero. (TRACY 2013).

Sendo assim, a inclusão na lei dessas diferentes formas de estupro é de suma importância, pois garante que as suas formas mais gravosas sejam punidas com mais severidade.

Diante de todo o exposto, a segurança da punição de alguém que pratique o estupro em qualquer de suas formas ainda que a vítima não represente contra o ofensor foi de imenso valor, pois, o sofrimento da vítima não se esgota com o fim da violência, o alvo pode ser outras pessoas que não aquela.

Logo, a ação pública condicionada à representação prejudicava e inviabilizava a denúncia em inúmeros casos o que era prejudicial para identificação dos ofensores da dignidade da pessoa humana. O crime de estupro não se trata de um atentado pessoal, mas como algo que deve ser extirpado de nossa sociedade como um todo.

CAPÍTULO 2 – ESTUPRO VIRTUAL

2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO E TIPIFICAÇÃO

Após a análise do conceito e da interpretação do estupro, será estudado, para maior compreensão da problemática jurídica deste trabalho, a modalidade do crime de estupro virtual.

Segundo Albert Einstein, citado por Alves (2016) tornou-se chocantemente óbvio que a tecnologia excedeu a humanidade. Nesse seguimento, é possível detectar que com a multinacionalização e o avanço dos meios de comunicação, trouxe diversos benefícios, todavia, juntamente com eles, acarretou um aumento de crimes online, aonde criminosos aproveitam do anonimato proporcionado pela internet para cometer delitos, que atentam contra a vida e dignidade humana, como o estupro virtual.

O Código Penal passou por modificações em 2009, com a Lei 12.015/09, que estendeu o conceito de estupro. Até então, para configurar o crime, era necessário haver penetração.

Hoje a definição de estupro, encontrada no artigo 213, é ampla:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena -reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.§ 3oSe da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena -reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.§ 4oSe da conduta resulta morte: Pena -reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Por mais que engatinhe o reconhecimento desse tipo de estupro no cenário jurídico atual, não podemos negligenciá-lo ignorando sua tipicidade, devendo, entretanto, ser punido como tal, pois a dignidade sexual do ser humano é uma só, ainda que figurando em dois mundos diferentes (o real e o virtual).(CARAMIGO, 2016)

Pode-se entender “ato libidinoso” como qualquer gesto destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual de alguém — os ambientes virtuais não permitem a “conjunção carnal”, mas permitem atos libidinosos sem contato físico.

Segundo Mirabete e Fabbrini (2016, p 409), ato libidinoso é definido como: "toda ação atentatória ao pudor, praticada com o propósito lascivo ou luxurioso. Trata-se portando, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência."

Diante disso, a definição de ato libidinoso é mais extensa, tendo como finalidade todo ato de conotação sexual diversa da conjunção carnal, sendo este também um ato lesivo a dignidade sexual da vítima.

Nessa lógica, vale ressaltar que geralmente nos crimes de estupro, a violência efetiva empregada é através do uso de força física ou meios que perturbem as capacidades psíquicas das vítimas, impossibilitando sua defesa ou qualquer outro meio de oferecer resistência. O estupro virtual, se concretiza no momento em que o agente, por meio de grave ameaça praticada pelo meio virtual, exige do vítima conteúdo pornográfico próprio, de tal forma, que a vítima não consiga oferecer resistência.

Ademais, estabelece ainda Rogério Greco (2015 p.466):

De acordo com a redação legal, verifica-se que o núcleo do tipo é o verbo constringer, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual. Trata-se, portanto, de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos. (GRECO, 2015, p. 466)

Observa-se que a grave ameaça expressa no dispositivo legal, faz referência à coação moral irresistível, que, segundo Bitencourt, (2016, p. 56)

Grave ameaça constitui forma típica da “violência moral”; é a vis compulsiva, que exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima.” (BITENCOURT, 2016, p.56)

Nesse sentido, entende-se que o contato físico não é condição imprescindível para a configuração do crime de estupro.

Em 2016 o STJ - Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus – RHC 70976/MS, onde um grupo de “cafetinas” levaram uma criança de dez anos a um motel, a despiram e a deixaram exposta nua para um homem que pagou para sua satisfação.

Após o ocorrido, foi denunciado por estupro de vulnerável, art. 217-A (BRASIL, 1940), e embora a alegação da defesa ter sido a inexistência de contato físico entre o autor e a vítima, foi negado provimento, visto o entendimento do relator, Joel Ilan Paciornik :

É que não há necessidade de contato físico para a configuração do estupro, pois “(...) a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física” e que “a maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado (...) constitui matéria afeta à dosimetria da pena” (STJ, 2016).

Partindo do entendimento que o estupro pode ser configurado sem o contato físico, por analogia, exigir que por meio da internet uma mulher pratique sexo em frente a uma webcam, sob ameaça de divulgação de imagens e vídeos íntimos, também trata-se de estupro.

No Brasil, a primeira condenação por esse tipo de delito aconteceu em 10 de

agosto de 2017, a decisão do Magistrado Luiz de Moura Correia, da Central de Inquéritos de Teresina – Piauí³⁷, onde condenou a prisão de um homem de 34 (trinta e quatro) anos, técnico de informática, que cometeu o delito contra sua ex-namorada, de 32 (trinta e dois) anos.

O homem portava em seu computador variadas fotos nuas da vítima, onde após o término do relacionamento, criou um perfil falso com fotos da mesma e por meio deste ameaçou/coagi gravemente de maneira irresistível, onde caso ela não enviasse ele fotos e vídeos de conteúdo pornográfico da mesma (atos libidinosos e até introdução de objetos na vagina), ele divulgaria/publicaria as fotos que tinha posse.

Outro caso emblemático, foi o processo de número 70080331317 – TJRS, em dezembro de 2018, em que um estudante de medicina de 24 anos de idade, de Porto Alegre (RS), trocava mensagens de cunho sexual com uma criança de 10 anos, através de um software de vídeo e áudio, captando assim, imagens de nudez da criança.

O genitor da vítima foi quem fez a denúncia. A investigação levou à prisão do estudante e à descoberta de que ele também armazenava cerca de doze mil imagens contendo pornografia infantil.

A Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, Tatiana Gischkow Golbert, condenou o acusado pelos crimes de aquisição, posse ou armazenamento de material pornográfico, de aliciamento/assédio para levar criança a se exhibir de forma pornográfica, ambos previstos no ECA, e de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, praticado por meio virtual.

O estudante foi condenado a 14 anos de prisão em decisão de primeiro grau. Em sede de recurso, agora, a decisão dos desembargadores da 8ª Câmara Criminal do TJ, a pena passou para 12 anos, 9 meses e 20 dias.

Sendo assim, o acórdão gerou precedentes em um caso de forma inédita, o que certamente será usado em futuras decisões.

Santos (2017) ensina que:

No caso em que o autor, ameaçando divulgar vídeo íntimo da vítima, a constrange, via internet, a se auto masturbar ou a

introduzir objetos na vagina ou no ânus, tem-se estupro, pois a vítima, mediante grave ameaça, foi constrangida a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desta forma, o estupro virtual está caracterizado quando se utiliza a internet para a prática de conduta prevista no art. 213 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Por tudo, é transparente que o estupro virtual, apesar de não haver dentro do núcleo da tipificação a efetiva prática da conjunção carnal, pode se mostrar tão gravoso quanto, pois, as vítimas que são coagidas a fazerem diversas perversidades com o seu próprio corpo, em virtude de ameaças, não podem ser deixadas esquecidas em nossa atual lacuna do Código Penal sem uma penalidade adequada a quem pratica tal delito.

2.2 DIVULGAÇÃO DE FOTO OU CENA DE ESTUPRO

A repercussão acerca dos crimes virtuais sobre divulgação de conteúdo íntimo gerou aos doutrinadores a necessidade do estudo para sua tipificação, são análises que visam conter o avanço e o crescimento dessa conduta no meio cibernético, ponderando e estabelecendo meios para sua pormenorização.

Nesse contexto, Saad Diniz- (2017. p. 46) retrata que a facilidade de armazenamento de conteúdo e troca de informações pela internet propiciou a intensificação de compartilhamento de mídias, facilitando no ambiente virtual a prática de crimes cibernéticos como os de divulgação de conteúdo íntimo.

Cabe observar a relevância da identificação do contexto e a motivação da conduta delitiva, buscando a finalidade pretendida pelo agente ao cometer a infração, e visando analisar a diferenciação do crime com dolo na extorsão ou na chamada “ Pornografia de Vingança”. É de se observar que os crimes relacionados ao compartilhamento indevido de conteúdo íntimo não foram criados com o surgimento da internet mas só facilitados pela mesma, potencializando o ato, como esclarece Alesandro Barreto (2016, p162):

“Ao divulgar essas imagens, o agressor potencializa seu ato através da coleta de dados pessoais (nome completo, endereço de casa e trabalho, telefone). Endereços de e-mail, links para amigos, familiares e colegas de trabalho e perfis de redes sociais que permitam a rápida identificação da vítima, visando expô-la nos

mundos virtual e real rapidamente”. (BARRETO E SILVEIRA, 2016)

Em virtude disso, as buscas incessantes da caracterização dos crimes no meio cibernético são de forma perspicaz a via que o legislador busca para suprir os anseios e lacunas advindas da evolução constante da sociedade.

A divulgação de material pornográfico (vídeos e fotos) no ambiente virtual ou em qualquer meio de vinculação de informações onde se obtenha o propósito de promover situações humilhantes, vexatórias e constrangedoras a vítima perante a sociedade é chamada de Pornografia de vingança, sabe-se que sua finalidade é obter o abalo psíquico da vítima com o conteúdo de nudez pessoal divulgado.

É importante ressaltar que usualmente esse tipo de conduta ocorre após término de relacionamentos, insatisfeito com o término e com o simples desígnio de vingança o agente expõe conteúdo de nudez da vítima, no entanto é de se observar que nem sempre o elemento volitivo da vingança está presente. Esclarece assim, Eduardo Saad-Diniz (2017, p.49):

“O intuito de obter uma compensação moral não é uma constante e, muitas vezes, pelo caldo cultural em que está inserido, de falta de empatia com a figura feminina, sequer se tem ciência suficiente das consequências do ato cometido”.

Portanto, é de extrema relevância o estudo aprofundado de tal instituto para uma possível aplicação de sanções relacionadas à crimes de divulgação de conteúdo íntimo, nesse sentido, o legislador buscando sanar as necessidades atuais sancionou em 24 de setembro de 2018 a Lei de importunação sexual (Lei nº 13.718/18) que trata também da pornografia de vingança.

Em sua redação, foram incluídos dois artigos: 125-A e 218-c, sendo o primeiro tratando dos casos de importunação sexual e o 218-c, tipificando a pornografia de vingança, que prevê:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o

consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (incluído pela Lei nº 13.718, de 2018).

Nesse ensejo, constata-se que o legislador buscou abranger as situações de compartilhamento de qualquer conteúdo prejudicial as vítimas, tendo em vista que, como esclarece Saad Diniz- (2017. p. 50), a divulgação desautorizada de conteúdo é cada vez mais comum no mundo digital, se faz necessário uma análise ampla da caracterização do legislador no referido artigo, para uma aplicação justa e concreta nos diversos crimes possibilitados pelo cyber espaço.

Em 30 de novembro de 2012 foi promulgada a Lei 12.737, mais conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” que prevê o crime de invasão de dispositivo informático em seu Art. 154-A:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (incluído pela Lei nº 12.737, de 2012).

Um marco para o combate à crimes ligados a divulgação de conteúdos pessoais na internet, a Lei leva o nome da atriz Carolina Dieckmann que no ano de 2012 foi vítima de divulgação desautorizada de conteúdo pessoal na internet, incluindo 36 fotos íntimas suas publicadas, o que levou a uma repercussão sobre o assunto de divulgação de dados pessoais na internet, apesar do reflexo positivo da Lei, foi e é até hoje alvo de críticas pela natureza branda das penas cominadas aos delitos da lei. (ISTOÉ, 2013).

Ou seja, apesar da existência da lei 12.737/2012, a mesma ainda deixou muitas lacunas, mais além, que pode ser criticada por ter suas penalidades muito brandas diante de delitos que ferem a honra de formas irreversíveis.

2.3 DANOS CAUSADOS A VÍTIMA DE ESTUPRO

De acordo com Phumzile Mlambo-Ngcuka (2016), diretora executiva da ONU Mulheres e Subsecretária Geral das Nações Unidas, a violência virtual é tão prejudicial às mulheres quanto violência física e pode ser tão nocivo quanto o toque

físico.

A exposição e o cyber bullying gerado por essa violência pode levar à depressão e suicídio. Além do mais, grande parte das mulheres já passaram por esse tipo de agressão e não procuraram ajuda pela falta de conhecimento e por não estar expresso na Constituição de maneira clara as punições e as procedências dessa transgressão à norma. Ademais, várias legislações do mundo já se propuseram a adaptar a lei para aplicar a coerção necessária para que a justiça seja feita.

Segundo a dissertação desenvolvida pela conselheira de educação e psicóloga, Kelley Holladay (2016), o abuso sexual no ambiente virtual também causa diversas influências no emocional das vítimas, assim como o abuso sexual físico e carnal.

Em referência aos efeitos dos traumas do abuso sexual, repostas psicológicas prévias do abuso sexual são profundas e numerosas. Elas envolvem ansiedade, depressão, alta estima reduzida, transtorno de estresse pós-traumático, problemas de adaptação social e disfunções sexuais (Ellis, 1983; Steketee & Foa, 1987; Hanson, 1990; Resick, 1993):

Embora as preocupações psicológicas prévias reduzem naturalmente com um ano de violência, uma minoria feminina continua a ter experiências angustiantes. Para os sobreviventes do estupro especificamente, medo, ansiedade e disfunções sexuais parecem ser as preocupações mais persistentes e debilitantes (Ellis, 1983; Steketee & Foa, 1987; Hanson 1990).

Com base nos dados apresentados, é possível analisar as consequências que atos como o estupro virtual e a exposição do corpo de mulheres na internet podem causar.

Em 2013, Giana Laura Fabi, de 16 anos, após perceber que fotos íntimas dela teriam sido publicadas na internet, afirmou que não conseguiria viver com a humilhação e, dessa maneira, acabou cometendo o ato de tirar a própria vida, resta então a reflexão da prejudicialidade da violência sofrida pela vítima do crime sexual virtual, muitas vezes gerando consequências irreversíveis.

Ainda, em relação aos prejuízos trazidos às mulheres vítimas do crime de estupro podemos observar o estudo feito pela psiquiatra Ann Wolbert Burgess e a

socióloga Lynda Lyttle Holmstrom acerca da Síndrome de Trauma Pós-Estupro, de acordo com livro Mundo em Foco (2016, p.83), que esclarece:

“A pessoa que sofre violência sexual costuma apresentar mudanças no comportamento. A Síndrome foi classificada como um conjunto de sinais físicos e psicológicos que ocorrem imediatamente após o estupro e pode durar meses ou anos.”

Diante desse contexto, cabe inserir os sintomas indicativos dessa síndrome, de acordo com o estudo é comum que logo após o estupro a vítima fique muito agitada, histérica, com crises de choro ou ataques de ansiedade, outros sintomas vêm a longo prazo, como a angustia que tende a vir acompanhada da depressão, transtorno alimentar e uso de substâncias como o álcool. (GUIA MUNDO EM FOCO, 2016, p. 84)

É importante observar também, o comportamento da vítima, pois algumas aparentam não ter emoções e fingem que nada aconteceu, além disso é comum ficarem desorientadas, com dificuldades de concentração, de tomar decisões e até de realização de tarefas básicas do dia-a-dia. Após um tempo do ocorrido é comum que voltem à vida normal, no entanto, internamente continuam com crises e tristeza aguda, na maioria das vezes tendem a analisar melhor o ocorrido e usam estratégias para seguir em frente. (GUIA MUNDO EM FOCO, 2016, p. 84)

Conforme relatado acima, os traumas e danos causados a vítima de Estupro são absolutamente severos, não obstante a todos os danos, a vítima inevitavelmente lida com gatilhos ocasionados por diferentes situações em que venha a se sentir vulnerável, de acordo com Barlow – (2016. p. 63): “uma sobrevivente de estupro pode ter medo de tomar banho, mesmo que o ataque tenha sido longe da sua casa. ” Portanto, o gatilho é a sua vulnerabilidade quando fica nua, com sua visão, e audição reduzida, logo estímulos que a lembram do estupro.

Conclui-se, assim, que os danos causados às vítimas de estupro possuem uma ampla consequência severa no íntimo dessas pessoas. O assunto é de extrema delicadeza e as vítimas merecem estar amparadas pelo âmbito jurídico em todas as suas formas, pois, negligenciar o assunto causa uma instabilidade jurídica e personalíssima à estas pessoas.

CAPÍTULO 3 - TIPIFICAÇÃO DO ESTUPRO VIRTUAL

Feitas todas as considerações da definição do crime de estupro, conduta prevista no caput do artigo 213 do Código Penal, a definição do que seria o crime de “Estupro Virtual” e a apresentação de casos reais, faz-se necessário constar neste trabalho a Viabilidade de tipificação do estupro virtual e Critérios da proporcionalidade para a definição do crime.

3.1 ESTUPRO REAL E A FALTA DE TIPIFICAÇÃO DA MODALIDADE VIRTUAL

Acerca da tipificação do Crime de Estupro na modalidade virtual é fundamental esclarecer que o bem jurídico ressaltado é o mesmo nas duas modalidades, a dignidade sexual e a liberdade sexual da vítima, segundo Gueiros e Japiassú – (2018, p.820), “objetiva-se proteger a dignidade da pessoa humana – homem ou mulher -,respeitando-se o direito a manter relações sexuais, quando e com quem desejar.” Portanto, abranger sua modalidade virtual é resguardar um direito da vítima.

Sucessivamente, da análise dos crimes virtuais, a título de exemplo, o Estupro Virtual foi tema do primeiro julgado em Teresina/PI no ano de 2017, um homem de 34 anos foi condenado ao cometer o delito com sua ex-namorada, vítima de 32 anos. Em síntese, após o término do relacionamento o homem que obtinha a posse de diversas fotos de conteúdo íntimo da vítima, criou um perfil falso na rede social Facebook e por meio de ameaças, coagiu a vítima ao envio de fotos e vídeos de conteúdo pornográfico da mesma, neste caso, o acusado solicitava que a vítima fizesse atos libidinosos em si mesma e até introduzisse objetos em sua vagina. O magistrado, apesar da ausência de contato físico, considerou a conduta do agente e determinou sua prisão fundado no Estupro Virtual.

Em consonância, acerca dos acontecimentos narrados acima, quando analisado o artigo 213 do código penal o entendimento da aplicação da norma sob o contexto da prática ou permissão do ato libidinoso, aponta de forma intrínseca a desnecessidade do contato físico, este entendimento é adotado pela doutrina majoritária, de acordo com Rogério Greco (2016. P48):

“ Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido de fazer com que a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar (GRECO, 2016, p.48).”

Sendo assim, é de se verificar que os atos praticados pelo agente são tão ofensivos quanto qualquer outro ato praticado que tem pôr fim a satisfação do ímpeto sexual do infrator, entende-se ainda que a violação cometida pelos agressores sexuais é feita em meio à violência moral, esta que esta presente quando o infrator ao agir se utiliza da coação e ameaça para exigir da vítima os atos libidinosos, nesse contexto, sob o conceito de violência moral, esclarece o doutrinador Fernando Capez (2012, p.38):

“ A violência moral é aquela que age no psíquico da vítima e cuja força intimidatória é capaz de anular sua capacidade de querer. A lei faz menção a ameaça grave, isto é, o dano prometido deve ser maior que a própria conjunção carnal ou a prática do ato libidinoso, não tendo a vítima outra alternativa senão ceder à realização do ato sexual.” (CAPEZ, 2012, p.38.)

Adiante, vale especificar que o objetivo da proteção do bem jurídico nos crimes contra a dignidade sexual visam amparar a liberdade sexual das pessoas, resguardando seu direito de dispor sob seu próprio corpo e sob sua vontade de praticar ou não o ato sexual. (GUEIROS, 2018, p.820)

Diante disso, cabe ainda, a análise do conceito de Liberdade Sexual, esta que pressupõe o direito de escolha, como explana Gueiros: “

“Liberdade sexual é o direito de manifestar a livre escolha na prática de atos sexuais. Esse bem jurídico traz em si um conteúdo negativo – de proibição de qualquer prática sexual não consentida – e, igualmente, um conteúdo positivo – de estímulo à liberdade de relacionamento entre as pessoas.”

Portanto, os conteúdos positivos e negativos intrínsecos que acompanham a liberdade sexual são os pilares que rodeiam a caracterização do crime de Estupro, sua proibição na verdade impulsiona e estimula a liberdade das pessoas no meio social, buscando incondicionalmente a eficácia das normas.

Sobre a caracterização dos crimes de Estupro, sabe-se que inerente a modalidade, virtual ou não, a agressão sexual nos traz características análogas, de acordo com isso, para a configuração do Estupro, de acordo com Ricardo Antonio Andreucci (2019, p.406):

“há a necessidade de um dissenso sincero e positivo da vítima, ou seja, uma reação efetiva à vontade do agente de com ela ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.” (ANDREUCCI, 2019)

Conclui-se que, apesar da ausência de tipificação sobre a modalidade virtual do Estupro, as características, danos causados e a ambição dos agressores sexuais, ou seja, a satisfação de seu ímpeto sexual, são idênticas, portanto, cria-se a necessidade de tipificação desse crime.

Ainda, no que tange a ausência de tipificação do instituto do Estupro Virtual, cabe ressaltar o significado direto de tipicidade, a adequação de um fato praticado pelo infrator e a descrição do crime contida na lei penal incriminadora, ou também como explana Gueiros (2018, p.231), operação de conexão entre a infinita variedade de fatos da vida real e o modelo típico descrito na lei.

Neste ensejo, sabe-se que as condutas cometidas por agressores sexuais no meio virtual apesar de não especificamente tipificadas na Lei Penal Brasileira ou tema de assunto nas doutrinas majoritárias, são perfeitamente puníveis, tendo em vista ambas serem atos libidinosos em que as vítimas foram coagidas a praticarem diante de seu dissenso. Sob o conceito de ato libidinoso, como já demonstrado acima, vale rememorar de acordo com Andreucci (2019, p.406), é todo aquele tendente a satisfação de lascívia e da concupiscência do agente. Ademais, não restam dúvidas que a ausência de tipificação de tal instituto gera danos irremediáveis à sociedade.

Por fim, a conduta do agente almejando a contemplação do seu ímpeto sexual é ofensiva e traz os mesmos danos à vítima quando comparada ao Estupro “normal” tipificado na lei penal brasileira por haver fundamentos jurídicos para tanto, bem como, existência de precedentes como o ocorrido no Piauí, sendo que, fora adotada a tipificação que consubstanciou em prisão do agente. Esta tipificação é de suma importância para a sociedade e para o Poder Judiciário, pois ambos estão

reféns de quem se esconde por trás das telas se valendo do anonimato. Ademais, a tipificação é uma forma de repressão ao ilícito que tem sido tão recorrente na sociedade, sendo a mesma, o mais correto que se impõe.

3.2 VIABILIDADE DE TIPIIFICAÇÃO DO ESTUPRO VIRTUAL E CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE PARA A DEFINIÇÃO DO CRIME

Compreendemos que o princípio da proporcionalidade, é específico a Carta Magna, ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, sendo sua aplicação indispensável entre o crime praticado e a pena merecida.

No Brasil, de acordo com Suzana de Toledo Barros, o Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade no ano de 1993. Chade Rezek Neto afirma que vários juristas entendem que o princípio da proporcionalidade é um princípio de interpretação constitucional, em virtude de contribuir para a orientação do hermenauta, em busca das soluções concretas, nos casos de divergência de entendimentos acerca dos direitos fundamentais

A partir desse entendimento, Chade Rezek Neto, conceitua o princípio da proporcionalidade como:

O princípio construtivo e fundamental, implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, sendo sua função a de hierarquizar, em situações de conflito, os demais princípios buscando uma verdadeira ideia do Direito[...] tem grande relevância ordenando a aplicação dos princípios contidos na Constituição Federal para que haja o maior atendimento possível de certos princípios, com a mínima desatenção dos demais. (Chade Rezek Neto)

Portanto, nos momentos de instauração do Estado Democrático de Direito, identificou-se a necessidade de inclusão do princípio da proporcionalidade, com o intuito de equilibrar os direitos individuais com as ambições da sociedade.

A proporcionalidade se inicia pelo silogismo à divindade grega Têmis⁴ sendo ela a deusa da justiça. Um símbolo místico e de bastante valoração no ramo

do Direito, poucos sabem de sua importância e significado, mas, desde os primórdios, ela é imprescindível para aplicação da lei, seja ela de cunho natural ou positivo.

Nesse sentido:

É uma divindade grega por meio da qual a justiça é definida, no sentido moral, como o sentimento da verdade, da equidade e da humanidade, colocado acima das paixões humanas. Por este motivo, sendo personificada pela deusa Têmis, é representada de olhos vendados e com uma balança na mão. Ela é a deusa da justiça, da lei e da ordem, protetora dos oprimidos. Na qualidade de deusa das leis eternas, era a segunda das esposas divinas de Zeus, e costumava sentar-se ao lado do seu trono para aconselhá-lo. Teria partido dela o conselho ao deus para proteger-se com a Efégie (Aegis), a fim de vencer a luta contra os gigantes. Dizia-se a respeito de Têmis que ela teve a ideia de provocar a Guerra de Tróia para livrar a Terra do excesso de população (KURY, 1999, p. 372).

De acordo com Pierre Grimal:

Numa visão mais moderna, é representada sem as vendas, significando a Justiça Social, para qual o meio em que se insere o indivíduo é tido como agravante ou atenuante de suas responsabilidades. Os pratos iguais da balança de Têmis indicam que não há diferenças entre os homens quando se trata de julgar os erros e acertos. Também não há diferenças nos prêmios e castigos: todos recebem o seu quinhão de dor e alegria. Ela foi aceita entre os deuses do Olimpo. Simboliza o destino, as leis eternas, divinas e morais; é a justiça emanada dos deuses, assim nos seus julgamentos não há erro. Ela carrega as tábuas da lei, que desempenham o papel de ordem, união, vida e princípios para a sociedade e para o indivíduo, e uma balança que equilibra o mundo segundo leis universais entre o caos e a ordem. (GRIMAL, 1997, p. 435)

A deusa da justiça, representada de olhos vendados, traz ao ordenamento a certeza de que a lei é igual para todos, sem que haja diferença entre: religião, sexo, etnia, etc. Já a balança, simboliza o equilíbrio nas relações para que sempre haja equidade ao decretar o direito com sua espada.

Segundo, Alexandre Aranalde Salim define:

“O princípio da proporcionalidade ensina que as penas devem estar proporcionadas ou adequadas à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo crime, não tendo cabimento o exagero, de um lado, e a liberdade extrema, de

outro.”

Portanto, ao fazermos um comparativo entre o ato libidinoso e o estupro de maneira virtual, verificamos que não há qualquer proporcionalidade ao caso. Uma vez que, não há diferenciação ao menos agravantes para com o acusado.

Destarte, a redação do tipo atual dispõe da seguinte forma:

“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: - Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) - Código Penal Brasileiro/1940

A conjunção carnal por si só, é pouco vexatória em vista do modo virtual, devido a forma de propagação da notícia e possível visualização da prática da conjunção ou apenas divulgação de partes íntimas das vítimas.

Sobre isso, Santos afirma que:

É fato que o aspecto da vida privada varia de acordo com a categoria social de cada indivíduo, pois existem aqueles que preservam e ampliam os fatores relativos à privacidade, mas há também outros que se expõem e se envaidecem com a publicidade de sua privacidade. Contudo, ainda assim, é direito de cada indivíduo escolher o que deve ser mostrado e o que tem de ser privado do conhecimento social. (SANTOS, 2009).

Dada a ausência de taxatividade do tipo penal, diversa será a situação de desproporcionalidade, criando uma certa barreira para os magistrados e os tribunais, na tentativa de reprimir a lesão ao bem jurídico tutelado. Além disso, se torna dificultada, no caso em tela, a reparação ao dano causado. Compreende a necessidade de aplicação dos princípios básicos do direito penal, ao definir o estupro seja ele, real ou virtual.

Nessa continuidade, a obra do Marquês de Beccaria, de 1764, *Dei delitti e delle pene*. O Marquês de Beccaria, idealizador do direito penal humanitário, ao tecer críticas às falhas verificadas no sistema penal de sua época, as quais possibilitavam o arbítrio dos juízes, pregava que deveria haver uma proporção entre os crimes e os castigos afirmando que:

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à

sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.

O princípio da proporcionalidade, está presente no momento de criação da norma acusadora e também no momento de aplicação da mesma. Sua utilidade, propende a existência de determinado equilíbrio no ordenamento jurídico pátrio, visando moderar ao máximo o excesso punitivo da norma penal.

Conforme acentua Eugenio Raúl Zaffaroni:

O direito penal tem como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de promover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.

Os princípios, servem de parâmetros para auxiliar os magistrados, no momento de aplicação do tipo penal, mas eles tão somente, não sanam as desproporcionalidades existentes no ordenamento jurídico. Fato é que, o magistrado, deve aplicar dentro dos princípios, dispositivos legais e dentro dos dispositivos legais, o mínimo e o máximo de pena em abstrato.

Leonardo Sica explica que:

O princípio da proporcionalidade abstrata e concreta prevê que, abstratamente, só as graves violações a direitos humanos podem ser objeto de pena, que deve, ainda, ser proporcionada ao dano social advindo da violação.

A não aplicação do dispositivo legal, para configurar a modalidade de estupro virtual, é uma afronta ao mesmo, pois, o agente agindo dolosamente constrange a vítima a praticar atos libidinosos sob ameaça. Não há nenhuma ação diversa das previstas no tipo penal e por tal razão amolda-se proporcionalmente ao crime.

Sendo assim, a conduta do "estupro virtual" não fere o princípio da legalidade, em que pese ser proporcional ao ato libidinoso, tendo em vista que está prevista e legislada no tipo do estupro.

Tendo em vista os aspectos observados, dada a existência da natureza

preventiva e repressiva da sanção penal, a proteção do valor constitucional que o dispositivo requer assegurar, zelando assim pela satisfação do ofendido e da sociedade, isto é, a lesividade do bem jurídico tutelado, deve estar em proporcionalidade com a repressão do delito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, o desenvolvimento do presente estudo, deixa evidente que as alterações legislativas que ocorreram no decorrer do tempo, se fizeram por necessário, devido as mudanças tecnológicas que ocorreram na sociedade, pelos efeitos da globalização.

O legislador ao redigir a Lei 12.015/09, mencionando atos libidinosos como definição, buscou em sua formulação, lhe conferir maior amplitude diante da multiplicidade de atos e conceitos sociais, que devem ser levadas em consideração no momento da interpretação, para buscar o real sentido do dispositivo legal.

Ademais, a aplicação do estupro virtual, tende a ser mais presente no ordenamento jurídico, visto que os entendimentos quanto a desnecessidade de contato físico para a prática do estupro tem se consolidando a cada momento, tendo em vista, sempre a proteção do bem jurídico tutelado, e, não o enfraquecimento de sua proteção. Além disso, foi exposto que o princípio da proporcionalidade ao caso concreto é de extrema importância, visto que o não atendimento ao mesmo é uma afronta ao ordenamento jurídico pátrio

Nota-se que o núcleo do tipo penal é “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça”, acontece que, embora não ocorra o contato físico entre o agente e a vítima, a mesma foi constrangida, com auxílio de grave ameaça a praticar atos de libidinagem. Tal conduta, entende-se que se trata de estupro, entretanto, praticado pelo meio virtual.

A coação moral irresistível pelos meios virtuais, vem se solidificando fortemente, e, aqueles que se escondem por trás das telas, aproveitando-se do anonimato da internet, passam por despercebido. Derradeiro, é as recentes decisões e comentários de que é possível a aplicação do estupro virtual.

A realidade do estupro virtual é tão recorrente, assim como o estupro que advém de conjunção carnal. Entretanto, é necessária uma análise detalhada de cada

caso e de cada ato do agente para se ter a clareza de sua tipificação penal.

Percebe-se que ainda não possui uma doutrina consolidada neste tema, principalmente por se tratar de um tema recente, e, pelo fato de a sociedade não visualizar como uma prática de estupro. Fato é que no Brasil, possui poucas decisões sobre. Como mencionado anteriormente, a grave ameaça imposta pelo agente, mesmo distante da vítima, possui o mesmo intuito da forma presencial, ou seja, intenta a satisfação da lascívia do mesmo.

O desprezo aos abalos sofridos pela vítima na modalidade virtual, é a negação ao princípio da dignidade humana, uma vez que, somente a pessoa que passou por este constrangimento e não conseguiu oferecer resistência, é que se tornou a verdadeira apenada.

Consta-se que a vítima se tornou apenada, pois a mesma, está refém das sensações de desprazer. De acordo com o que já fora explanado em todo o trabalho, percebeu-se que se faz por necessário e oportuno, uma maior atenção no momento de penalização das práticas de estupro, visto que, há casos de estupro que são taxados como atos libidinosos e estes carecem de atenção de forma extensiva de acordo com as condutas praticadas.

Ante o exposto, concluiu-se que é possível a aplicação do estupro virtual, por haver fundamentos jurídicos para tanto, bem como, existência de precedentes como o ocorrido no Piauí, sendo que, fora adotada a tipificação que consubstanciou em prisão do agente. Esta tipificação é de suma importância para a sociedade e para o Poder Judiciário, pois ambos estão reféns de quem se esconde por trás das telas se valendo do anonimato. Ademais, a tipificação é uma forma de repressão ao ilícito que tem sido tão recorrente na sociedade, sendo a mesma, a mais correta que se impõe.

REFERÊNCIAS

AGNE FAYTE, FÁBIO. **o delito de estupro**, 2011. Ed. Livraria do advogado.

ALVES, Rayssa. **Paradoxo tecnológico**. Projeto de Redação. Disponível em: <<https://projetoredacao.com.br/temas-de-redacao/inteligencia-artificial-geracao-z-e-o-futuro-sao-agora/paradoxo-tecnologico-2/7015>> acesso em: 15/03/2020.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 13º Ed. São Paulo. 2019.

BARRETO, Alesandro Gonçalves; ARAÚJO, Vanessa Lee. **Vingança Digital**. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Mallet Editora. 2017.

BARRETO, Alesandro Gonçalves. BRASIL, Beatriz Silveira. **Manual de Investigação Cibernética à Luz do Marco Civil da Internet**. Editora Brasport. Rio de Janeiro. 2016.

BARLOW H, DAVID. **Manual Clínico dos Transtornos Psicológicos: Tratamento Passo a Passo**. Ed 5.: Editora Artmed; (26 de setembro de 2016)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10ª. ed. v.4. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 671 p.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil** (1830). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 29 març. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**.
BUENO, Rodrigo Poreli Moura; SOUZA, Cesar Augusto Neves. **O Tema da Sexualidade na Longa Idade Média: Concepções de Masculino e Feminino**, 2012. Disponível em:
<<http://www.historiaehistoria.com.br/matéria.cfm?tb=artigos&ID=210>>. Acesso em: 28 de março de 2020.

CARAMIGO, Denis. **Estupro virtual: um crime real. Canal de Ciências Criminais**. Porto Alegre. 2016.

CAMPOS CARMEN, ZANNOA LIA, KLEIN JORDANA, SILVA ALEXANDRA, **Cultura do Estupro ou Cultura do Anti-Estupro?** Rev. direito GV vol.13 no.3 São Paulo Sept./Dec. 2017, <https://doi.org/10.1590/2317-6172201738>.

CASTRO, Leandro. **Breves comentários à lei 12.015/09**, disponível em: <http://advogadoleonardocastro.wordpress.com/2009/08/10/breves-comentarios-a-lei12-0152009/>. Acesso em: 1 de Abril de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10º Ed. São Paulo. 2012.

Códigos Criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. DISPONÍVEL EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 05/03/2020.

CULTURA do Estupro. **Guia Mundo Em Foco**, Ed.05 - On Line Editora; Ed. 5 de 4 de dezembro de 2016.

CHADE REZEK NETO, **O Princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**, cit., p 47.

DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890, **código penal do estados unidos do brasil**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 15/03/2020 **Constituição Federal Brasileira**. Brasília, DF, 1988

DORIA, Pedro. **Um estupro no Brasil colônia**. Disponível em: <<https://medium.com/@PedroDoria/um-estupro-no-brasil-col%C3%B4nia-91f2db82fba9>> Acesso em: 20/11/2018.

Eugenio Raúl ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 99

ESTEFAM, André. Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estado à luz da dignidade humana**. Pág. 253.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1986. p. 731

FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura de. **A modificação introduzida pela lei 12.015/2009 e seus reflexos**. Conteúdo Jurídico, Brasília -DF: 05 dez. 2011. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-modificacao-introduzida-pela-lei-120152009-e-seus-reflexos,35217.html>>.

GUEIROS, Arthur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito Penal volume único**. 1º Ed. São Paulo. Atlas. 2018.

GRIMAL, Pierre. Justiça. In:_____ . **Dicionário da mitologia grega e romana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. p. 435.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte especial**, volume III. 13ª edição. Niterói: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 12ª ed. v.3. Niteroi, RJ.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte especial**, volume III. 13ª edição. Niterói: Impetus, 2016.

GROSSI, Patrícia Krieger. 2012. **Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber**. EDIPUCRS. Pág. 84.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 8. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KURY, Mário da Gama. Têmis. In: **Dicionário de mitologia grega e romana**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 372.

LEHAVOT, Keren. L. Simpson, Tracy. **Incorporating Lesbian and Bisexual Women into Women Veterans' Health Priorities**, 27 de junho de 2013). Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11606-012-2291-2>>.

LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

Lei 12.015 (Diploma alterador). Brasília, DF, 2009.

Lei 13.718/2018, de 24 DE SETEMBRO DE 2018, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm.

Lei Carolina Dieckmann: apenas o primeiro passo. ISTOÉ, 2013.

Disponível em: <https://istoe.com.br/288575_LEI+CAROLINA+DIECKMANN+APENAS+O+PRIMEIRO+PASSO/>. Acesso em: 13 de abril. de 2020.

MACHADO, Lia Zanotta. **Masculinidade, sexualidade e estupro: as construções da virilidade**. Cadernos Pagu, Campinas, n. 11, p. 231-273, 1998 – acesso em: 25/04/2020. disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8634634/2553>>

Marquês de Beccaria, de 1764, **Dei delitti e delle pene**.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. **Ordenações Afonsinas**, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Livro II, 1998.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Lisboa, Calouste Gulbenkian, reprodução "fac-simile" da edição brasileira de Cândido Mendes de Almeida (14a ed.), Rio de Janeiro, 1870, Tipografia do Instituto Filomático, (segundo a Ia, de 1603 e a nova, de 1824).

ORDENAÇÕES MANUELINAS, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, edição "fac-simile" da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano

de 1797 No livro I, vem a "Prefação" de Francisco Xavier de Oliveira Mattos.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica**. 1.Ed. Bauru: Javoli, 1980.

Suzana Braun (2002). A violência sexual infantil na família: do silêncio à revelação do segredo. Editora AGE Ltda. p. 29.

Portugal Braga, Enio Luiz de Carvalho Biaggi e Lícia Jocilene das Neves, **Artigo CONPEDI**, 2017

SALIM, Alexandre Aranalde. **Teoria da norma penal**. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008. 263 p.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **O Lugar da Vítima nas Ciências Criminais**. 1ª Ed. São Paulo. LiberArs Editora. 2017. Coimbra University Press Editora.

SANTOS, H. S. **Sociedade de Controle: a perda da privacidade a partir dos avanços tecnológicos**. Curitiba, 2019.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SILVA Daniel- DRT 1894-PI **Primeira prisão por estupro virtual no Brasil** É decretada no Piauí. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias/primeiraprisao-por-estupro-virtual-no-brasil-e-decretada-no-piaui/>> acesso em: 05/04/2020.

STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1675854** RJ 2017/0139339-4. Relator Ministro Ribeiro Dantas. DJ: 27/10/2017. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514192049/recurso-especial-resp-1675854-rj2017-0139339-4>>. Acesso em: 15/04/2020.

Suzana de Toledo BARROS. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 75.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

**Clique para voltar
ao Sumário**



A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NA CÂMARA FEDERAL: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DAS ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO POLÍTICO ELEITORAL SOBRE O RESULTADO DAS ELEIÇÕES DE 2018

Andréa Cangussú André (Orientadora: Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva)

RESUMO: O objetivo principal desse Trabalho de Conclusão de Curso foi avaliar os impactos que as alterações no ordenamento político-eleitoral brasileiro tiveram sobre a representação política das mulheres na Câmara Federal, após as Eleições Legislativas de 2018. A análise foi empreendida por meio de uma abordagem histórico-comparativa, com a utilização de fontes primárias, secundárias e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica sobre o ordenamento político-eleitoral e dos conceitos de Gênero e Representação Política. O ordenamento político-eleitoral é composto por dispositivos constitucionais; um conjunto de legislações infraconstitucionais, a Lei dos Partidos 9096/95, a Lei das Eleições 9504/97; as legislações subsequentes que modificaram dispositivos dessas legislações; e as respectivas manifestações, interpretações dadas pelo Poder Judiciário. Parte-se de pressupostos teóricos que as categorias de Gênero e Representação Política substantiva são fundamentais e constituintes da análise sobre as desigualdades de gênero no acesso aos espaços de poder numa sociedade. O período analisado das mudanças legislativas compreendem a adoção de medidas de Ação Afirmativa para mulheres, a reserva de percentual de vagas nas disputas eletivas do Poder Legislativo nos três níveis da federação, em 1996; e a extensão desse princípio reparador pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE para garantir a destinação de no mínimo 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha – FEFC para a promoção de campanhas e candidaturas de mulheres, em 2018. Comprovou-se que as modificações e alterações legislativas e judiciais tiveram impactos positivos na ampliação do número total de mulheres eleitas para a Câmara Federal em 2018. Ainda assim, é necessário denunciar o quão distante a sociedade brasileira ainda está de mudanças do grave quadro de assimetrias e desigualdades de acesso ao poder pelo grupo social ou gênero, que já representa mais da metade da população deste país.

Palavras-chaves: Gênero. Política de Cotas. Representação Política. Direito Eleitoral. Eleições.

ABSTRACT: The main objective of this Course Conclusion Work was to evaluate the impacts that changes in the Brazilian political-electoral order had on the political representation of women in the Chamber of Deputies, after the 2018 Legislative Elections. The analysis was undertaken through an approach historical-

comparative, with the use of primary, secondary sources and research technique of bibliographic review on the political-electoral order and the concepts of Gender and Political Representation. The political-electoral order consists of constitutional provisions; a set of infraconstitutional laws, the Law of Parties 9096/95, the Law of Elections 9504/97; subsequent laws that modified provisions of those laws; and the respective manifestations, interpretations given by the Judiciary. It is based on theoretical assumptions that the categories of Gender and Substantive Political Representation are fundamental and constituent of the analysis of gender inequalities in access to spaces of power in a society. The analyzed period of legislative changes includes the adoption of Affirmative Action measures for women, the reservation of a percentage of vacancies in the elective disputes of the Legislative Power at the three levels of the federation, in 1996; and the extension of this reparative principle by the Superior Electoral Court - TSE to guarantee the allocation of at least 30% of the resources of the Special Campaign Financing Fund - FEFC for the promotion of campaigns and candidacies for women, in 2018. It was proved that the legislative and judicial modifications and changes had a positive impact in expanding the total number of women elected to the Federal Chamber in 2018. Still, it is necessary to denounce how far Brazilian society is still from changes in the serious situation of asymmetries and inequalities in access to the power by the social group or gender, which already represents more than half the population of this country.

Keywords: Gender; Quota Policy; Political Representation; Electoral Law; and Elections.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como questão prioritária discutir a relação entre as alterações de diversos dispositivos legais do ordenamento político-eleitoral brasileiro e o aumento da representação política de mulheres na Câmara Federal, após as Eleições de 2018. O ordenamento político-eleitoral é composto por dispositivos da Constituição Federal de 1988, a legislação infraconstitucional consagrada pela Lei dos Partidos (Lei nº 9.096/95), Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), e as legislações subsequentes aprovadas pelo Legislador brasileiro, que alteraram vários dispositivos da legislação infraconstitucional, tais como: Lei 12.034/2009, Lei 16.165/2015, Lei 13.487/2017 (institui o financiamento público) e a Lei 13.488/2017. É parte constitutiva também do ordenamento político-eleitoral, as respectivas manifestações do Poder Judiciário dadas à dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Por meio de resoluções e outros mecanismos interpretativos,

o Poder Judiciário atua por meio de suas cortes superiores, como Tribunal Superior Eleitoral – TSE e mesmo o Supremo Tribunal Federal, para garantir o controle da constitucionalidade, adequação e observância de princípios basilares da CF/88.

Nossa análise avaliará as diversas alterações no ordenamento político-eleitoral (Lei dos Partidos 9.096/95 e Lei das Eleições 9.504/97), como a adoção de mecanismos de Ações Afirmativas, a cota de gênero para candidaturas eletivas do Poder Legislativo e sua conformidade aos objetivos políticos, sociais e constitucionais de ampliação da participação, representação e igualdade política para as mulheres nos espaços de poder. Em seguida, analisaremos os papéis desempenhados pelo Poder Legislativo, como promotor e proponente das mudanças legais supracitadas e o papel das cortes superiores do Judiciário através dos julgamentos das ADIs 4650/DF e 5617/DF e na Consulta Pública nº 0600252-18.2018.6.00.0000. Essa Consulta foi relatada pela Ministra Rosa Weber, do STF, tendo como temática, a incorporação e extensão da Política de Ações Afirmativas, para os critérios de distribuição de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, instituído pela Lei 13.487/2017.

Utilizarei como metodologia de abordagem de nosso tema o método histórico-comparativo. Segundo Lakatos e Marconi (2017), uma das vantagens do método histórico é a capacidade de analisar em perspectiva diferentes momentos e processos sociais, culturais e institucionais de um grupo ou sociedade. É impossível discutir a sub-representação das mulheres nos espaços de poder do Estado brasileiro atualmente, sem compreender de que a condição de subalternidade historicamente imposta às mulheres na cultura ocidental, representado pela cultura machista e patriarcal. A trajetória, as lutas das mulheres por emancipação e o direito à alteridade, na Europa ou no Brasil, são determinantes para a análise das atuais desigualdades de representação no contexto político brasileiro. Nossa técnica de investigação combinará a utilização de documentos primários produzidos pelo Estado brasileiro, como a legislação constitucional e a legislação infraconstitucional; e as respectivas manifestações, resoluções, acordos e outros documentos editados pelo Poder Judiciário. Nossa técnica de pesquisa também compreenderá a utilização de fonte secundária, a

revisão bibliográfica, sobre os temas de gênero e representação política.

Nosso trabalho de conclusão está estruturado em seis partes. Na Introdução, apresentamos acima o recorte temático de nossa investigação, a correlação direta entre as alterações no ordenamento político-eleitoral brasileiro e a ampliação da representação de gênero na Câmara Federal nas Eleições 2018.

No capítulo 2, apresentamos os dois conceitos referenciais para a construção de nosso trabalho, o conceito de gênero, compreendido e definido como uma estrutura de relações sociais de tipo particular, centrado na arena reprodutiva dos corpos das mulheres e do conjunto de práticas decorrentes desse processo, de acordo com Connell e Pearse (2015). E do conceito de representação política substantiva de Pitkin, em que representação é atividade pública e social, compreendida como uma relação substantiva entre representado e seu representante.

No capítulo 3, tomamos a liberdade de adentrarmos pela longa história das relações de gêneros no Ocidente, desde a Antiguidade Greco-romana, passando pelo mundo cristão- medieval, seu renascimento e modernidade, além do destaque dada as revoluções burguesas desse período, como a Revolução Francesa, a emergência dos movimentos feministas no século XIX e seu desenvolvimento e adensamento no século XX. A reconstrução e problematização das relações de gênero no Ocidente tem o claro propósito de evidenciar que, os fundamentos das atuais desigualdades de gênero possuem origens históricas e seculares, que passam pela religião, direito, filosofia, política, mas que convergem para um ponto em comum: o confinamento das mulheres à esfera privada e negação de seu direito à palavra no espaço público.

No capítulo 4, reconstruímos de forma semelhante ao que foi feito no capítulo 3 sobre as desigualdades de gênero na Europa, o contexto brasileiro. Mas procuramos salientar as diversas lutas e formas de organização que as mulheres se utilizaram no Brasil, desde a resistência à escravização com Dandara e as mulheres negras durante o período da Colônia, a ocupação das artes, da literatura e da educação como formas de acessar o espaço público, de denunciar e reivindicar o direito à participação e a representação política. A conquista do direito ao voto, a eleição das duas primeiras mulheres para o Parlamento brasileiro, em 1934, bem

como as diversas lutas por emancipação e reconhecimento travados no século XX pelas mulheres brasileiras.

No capítulo 5, analisamos efetivamente de que modo as diversas alterações no ordenamento jurídico e político-eleitoral brasileiro impactaram as representações das mulheres na Câmara Federal. A rigor, podemos destacar três momentos de mudanças políticas, sociais e jurídicas, como decisivas para ampliação da representação das mulheres na Câmara Federal. O primeiro momento se efetiva com o processo de redemocratização no início dos anos 80 até as primeiras Eleições livres para todos os cargos, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que foram eleitas nas Eleições legislativas de 1990, 29 mulheres, maior marca até então. Depois, já no início dos anos 2000, e com a vigência da política de cotas de candidaturas para os cargos legislativos, a eleição de 42 mulheres para à Câmara Federal, em boa medida consequência da primeira vitória da esquerda brasileira ao Palácio do Planalto. E por fim, a atual ampliação da representação de gênero na Câmara Federal, em 2018, impactada, dentre outros fatores, pelas alterações do ordenamento político- eleitoral brasileiro no período de 2009-2018.

Nas considerações Finais, fizemos a opção por reforçar os principais aspectos e pontos discutidos ao longo do nosso trabalho, bem como fazer pequenos apontamos e sugestões para que o Parlamento e sociedade brasileira possam corrigir as ainda grandes e graves distorções da representação política e institucional das diversas minorias historicamente excluídas e marginalizadas das decisões desse país, como negros, indígenas e as mulheres.

2 O CONCEITO DE GÊNERO E SUA MULTIDIMENSIONALIDADE

Trabalhamos nesta monografia com o conceito de gênero de Connell e Pearse (2015) em que gênero é definido como uma estrutura de relações sociais de tipo particular, centrado numa arena reprodutiva (os corpos), e um conjunto de práticas decorrentes das distinções reprodutivas dos corpos que impactam significativamente os processos sociais. Refutando cabalmente um dos fundamentos da cultura machista, presente nas sociedades, que enxerga gênero como algo natural fundado na divisão biológica entre homens e mulheres, em que

diferenças sociais e psicológicas são naturalizadas. Uma definição de gênero baseada na dicotomia biológica é incapaz de reconhecer gênero, onde não existe diferença. Por exemplo, como explicar o desejo lésbico ou homossexual (baseado na similaridade de gênero)? Como explicar as diferenças entre masculinidades violentas e masculinidades não violentas? Ou mesmo como explicar que, em economias globalizadas como as atuais, a produção de bens e serviços se baseia na capacidade compartilhada e cooperativa de trabalho, mas a apropriação de seus resultados está generificada?

O gênero é a estrutura de relações sociais que se centra sobre a arena reprodutiva e o conjunto de práticas que trazem as distinções reprodutivas sobre os corpos para o seio dos processos sociais (...) Essa definição produz importantes consequências. Entre elas: o gênero, como outras estruturas sociais, é multidimensional. Não diz respeito apenas à identidade, nem apenas ao trabalho, nem apenas ao poder, nem apenas à sexualidade, mas a tudo isso ao mesmo tempo. (CONNELL e PEARSE, 2015, p.48-49)

O Gênero enquanto estrutura social é multidimensional, porque diz respeito à processos relacionais que limitam e condicionam as oportunidades e as vidas das mulheres em quatro dimensões estruturais fundamentais: poder, produção, catexia e simbolismo. Na dimensão do poder, enfatizamos a chamada desigualdade do poder, para produzirmos uma análise generificada ou de poder generificado. A dimensão produtiva está relacionada a divisão sexual e opressiva do trabalho, em que toda a esfera econômica é culturalmente definida como um universo dos homens, enquanto a vida doméstica é definida como um universo das mulheres. A catexia, como dimensão, das relações emocionais, em que certos sentimentos e desejos são socialmente hostilizados, como as relações homossexuais ou mesmo a perseguição contra as mulheres (misoginia). Por fim, a dimensão da cultura e do simbólico, mostra que definições como “homem” e “mulher” estão carregadas de representações culturais dos papéis e atitudes de generificada.

Em função de nosso interesse e objeto, neste espaço, enfatizaremos ao longo da nossa pesquisa, a discussão da dimensão estrutural do poder. O poder é central para a compreensão dos mecanismos de perpetuação dessa estrutura desigual, em

que homens exercem domínio sobre as mulheres, seja como esposas ou como filhas; pela violência dos corpos, com agressões e estupros. No espaço público, limitam e dificultam o acesso das mulheres à estrutura de poder, já que as grandes corporações são dominadas e geridas por homens e possuem processos seletivos para privilegiar homens, como o clássico exemplo das Forças Armadas.

Além de produzir e reproduzir discursos e práticas ofensivas, como no campo da moda e da beleza, em que as mulheres são posicionadas como consumidoras, presas num padrão de beleza que reforça a infelicidade e graves problemas de saúde. Aliás, o mais amplo exercício de poder generificado foi a formação do mundo pós-colonial em que impérios globais e a formação de superpotências econômicas e militares foram criados pela pulverização ou extermínio de sociedades tradicionais, em que os corpos das mulheres foram usados e tomados da mesma forma que bens materiais e minerais.

O outro conceito importante para nosso trabalho é o conceito de representação política. Para Pitkin (2006), o conceito de representação política deve ser investigado a partir do seu uso e sentidos que ele tem. Por isso, concepções ortodoxas da “representação” precisam ser rejeitadas, já que elas estão fundamentadas numa lógica relacional privada entre duas pessoas, o representado, o indivíduo que cede seu direito a um delegado ou advogado para falar e agir em seu nome. Havendo, portanto, um pleno esvaziamento da dimensão pública e coletiva da representação. Segundo Loreiro (2009), é possível identificar quatro modelos de representação no pensamento de Pitkin: formalista, descritiva, simbólica e substantiva.

A representação formalista inclui a representação por autorização prévia hobbesiana (representante é autorizado para agir em nome de outrem), também inclui a representação por responsabilização do pensamento liberal, a chamada accountability ou responsividade do representante. A representação descritiva ou imperativa seria aquela onde haveria correspondência plena entre os desejos do representado e a ação do representante. Já a representação simbólica está relacionada a utilização símbolos para tornar algo presente, como uma Rainha da Inglaterra que personifica e incorpora a figura da nação real.

A representação substantiva é aquela defendida por Pitkin e que nos

interessa em nosso trabalho. Essa representação tem duas condicionantes: a representação deve ser entendida como atividade pública e social, não como uma relação privada concebida entre dois particulares, um representado e seu representante.

A segunda condição é que esta representação seja substantiva, não é apenas uma autorização legal para agir e falar em nome do representado, mas a representação refere-se ao conteúdo, à substância. Havendo aqui uma crítica clara ao formalismo e universalismo da concepção liberal de representação, que desconsidera totalmente o conteúdo da representação, seja em termos de políticas públicas, seja em termos de quem ou quais atores vocalizam tais conteúdos. Loureiro (2009), assim descreve esses dois termos da representação substantiva de Pitkin:

A primeira é que a representação deve ser concebida como uma atividade mais do que uma relação entre dois termos, ou seja, quando um agente representa um principal, ele toma decisões e faz compromissos que o principal é forçado a honrar. A segunda é que o conceito de representação deve ser substantivo, isto é, não basta supor que o agente tenha o direito de agir em nome do principal, independentemente do que ele faz, mas ao contrário, a representação refere-se à substância do que é feito. Em outras palavras, é preciso ultrapassar o mero raciocínio que prescreve normas relativas à conduta própria dos representantes ou que determina os meios adequados para institucionalizar o governo representativo, tal como fazem os adeptos da visão formalista. E realizar a análise da substância da atividade de representação, indicando como essa atividade se diferencia de outras situações em que uma pessoa age no lugar de outra pessoa. (LOUREIRO, 2009, p.67)

3 HISTÓRIA DAS RELAÇÕES ENTRE OS GÊNEROS NO MUNDO OCIDENTAL: CONFINAMENTO À ESFERA PRIVADA E LUTA PELO DIREITO À PALAVRA

Discutir e entender o espaço que as mulheres ocupam nas sociedades contemporâneas, especialmente nas ocidentais, de certa forma nos coloca o desafio de reconstruir ainda que brevemente, o contexto e as condições como as relações entre os gêneros foram estabelecidas historicamente. A história das mulheres no Ocidente é antes de tudo uma história de luta e resistência para ter acesso à

palavra, a voz. Nos interessa reconstruir de que forma a alteridade e a identidade feminina foi negada socialmente e também, entender os mecanismos utilizados para o confinamento das mulheres à esfera privada e doméstica, em detrimento dos homens que ocupavam o espaço público. Esse mecanismo de dominação está fundamentado historicamente em três espaços: o domínio da religião, da força (defesa) e da política. Dessas três estruturas de poder, a que ainda apresenta maior resistência para mudanças é o campo da política.

Para discutir a construção das relações de gênero no mundo ocidental, adotamos a mesma posição investigativa de Duby e Perrot (1993), utilizando a atual divisão dos estudos de História em: Antiguidade, Idade Média, Era Moderna e Contemporânea. Para analisar as relações de gênero na chamada Antiguidade clássica priorizamos a escolha de quatro modelos de construção do feminino: a representação no feminino na cultura religiosa grega; um outro modelo é dado pela definição de gênero de Platão e Aristóteles; um terceiro modelo dado pelo lugar das mulheres no direito romano; um quarto a construção de gênero no Cristianismo.

3.1 A ANTIGUIDADE GRECO-ROMANA

3.1.1 As relações de gênero no contexto cultural da Grécia Clássica do séc V a.C

Mirem-se no exemplo daquelas mulheres de Atenas. Vivem pros seus maridos, orgulho e raça de Atenas.

Elas não tem gosto ou vontade, nem defeito, nem qualidade, têm medo apenas.

Não tem sonhos, só tem presságios, o seu homem, mares, naufrágios, lindas sirenas, morenas. (CHICO BUARQUE e AUGUSTO BOAL, 1976).

Os versos da canção *“Mulheres de Atenas”* de Chico Buarque e Augusto Boal são extremamente eloquentes e descritivo da condição das mulheres na Antiguidade grega. Discutiremos rapidamente a condição de gênero na Antiguidade a partir de quatros modelos: no politeísmo grego, na filosofia de Platão e Aristóteles, no direito romano e no emergente Cristianismo. De forma geral, o relacionamento entre os gêneros na Grécia Clássica era amplamente

excludente a qualquer tipo de participação das mulheres na vida social. Mesmo para uma sociedade que foi capaz de inventar a política e a primeira experiência de democracia, as relações entre os gêneros eram tipicamente patriarcais.

Segundo Chauí (2002), a invenção do poder político por gregos e romanos é decorrente de algumas importantes condições históricas e sociais que impediram o desenvolvimento de práticas despóticas: a propriedade da terra como bem particular não como patrimônio privado de uma autoridade; o fenômeno da urbanização, que diversificou a composição social; a divisão e organização do espaço urbano, em cidades (pólis e civitas) propriamente ditas, como forma de diminuir o peso e poderio das famílias ricas.

Além disso, a ruptura com o poder despótico e fortalecimento do poder político se efetivou por: a) separação da autoridade pessoal privada do chefe de família e do poder impessoal público; b) separação da autoridade militar e o poder civil, subordinando o primeiro ao segundo; c) separação da autoridade mágico-religiosa e o poder político laico; d) criação da lei como expressão da vontade coletiva e pública; e) criação do erário ou fundo público; f) criação do espaço público. Dois princípios fundamentais definem a cidadania ateniense: a isonomia, igualdade de todos os cidadãos perante à lei e a isegoría, o direito de todo cidadão falar em público.

Apesar dos notáveis avanços da democracia ateniense do século V a. C, havia grandes limites. Primeiro deles, as mulheres eram despossuídas de direitos políticos e jurídicos, submetidas e subjugadas socialmente à vontade de seus maridos, pais, avós ou irmãos. Fossem mulheres jovens, casadas, viúvas, escravas, todas estavam confinadas as paredes do mundo doméstico, que girava sempre em torno da figura do homem patriarcal. Também eram despossuídos de direitos os escravos, estrangeiros e idosos. Em segundo lugar, a democracia ateniense era direta ou participativa diferente das modernas que são representativas.

Mesmo sendo a Grécia uma religiosidade politeísta, havendo diversas deusas femininas no panteão divino, ainda assim é possível perceber o lugar e a posição do gênero nesse ambiente. Segundo a historiadora francesa Nicole Loraux (1993), apesar da designação de deus enquanto entidade divina ser feita no grego por um artigo neutro (tó theíon), quando se utiliza um artigo definido, este é o

masculino (théos).

La Grecia de la época arcaica y clásica, que constituye el marco de este estudio: allí encontramos dioses y diosas, y, sin embargo, quien se interese por la generalidad de lo divino comprobará que, en tanto “cosa divina”, se lo designa como el neutro (tò theíon) y, en tanto dios (theós), con el masculino. Hay diosas, pero lo divino no se enuncia en femenino. (LORAU, 1993, p. 28)

3.1.2 A posição de Platão a respeito do gênero

A posição de Platão a respeito das relações de gênero é surpreendentemente inovadora para o contexto da Grécia clássica por dois aspectos. O primeiro deles é a comparação da trajetória da alma em sua marcha para superar os obstáculos da ignorância, do erro e do falso em busca do conhecimento, com a dolorosa atividade feminina da concepção biológica da vida, do parto. Toda alma (pysiché) está por natureza grávida, tendo em seu ventre, as formas puras apreendidas do Mundo Inteligível. Mas a unidade da alma (imortal) com o corpo (o sensível) torna necessária a presença de uma parteira das almas para trazer ao mundo, as ideias e o conhecimento verdadeiro.

O parto da alma é feito pela dialética de forma ascendente, já que a alma precisa progredir e superar os objetos mais baixos do conhecimento, presentes no mundo sensível (imagens e coisas visíveis); para purificar a atividade racional e intelectual, assim podendo acessar os objetos de conhecimento do Mundo Inteligível, composto pelos objetos matemáticos e de forma mais fundamental, pelas ideias ou formas puras.

Por tanto, la actividad intelectual se deja representar hasta el final en términos de concepción, parto y amamantamiento: en el amor homosexual entre varones, el sujeto que desea se identifica con una noción femenina. Por tanto, desplazar la función generadora del *soma* a la *psyché* significa feminizar el deseo de saber y sus efectos. Cada vez que compara el cuerpo femenino con el alma del filósofo, Platón lo hace para tematizar y desplegar una idea precisa: la experiencia de lo *adúnaton*, de lo imposible, y de lo *chalepós*, de lo difícil; la tendencia del alma a la retención, al cierre, al sufrimiento, en ausencia de otro agente, la belleza, la obstinación del deseo o de un partero. (GIULIA SISSA, 1993, p.65-66)

Um segundo argumento em favor da posição de Platão é decorrente da posição que as mulheres ocupam em sua cidade-modelo. A grande inovação e diferencial da filosofia platônica, contrariando a tradição patriarcal, e mesmo a posição da maioria dos pensadores antigos que escreveram sobre o tema, foi defender a participação e a educação das mulheres no aprendizado dos ofícios dos produtores, mas especialmente no grupo dos militares. Grosso modo, a cidade ideal platônica, chamada de República, é composta por três grandes categorias sociais de indivíduos e profissões: o primeiro grupo é constituído pela categoria dos produtores de bens e serviços, o campo da economia, o mais numeroso socialmente; o segundo é constituído pelos guerreiros e militares, aqueles encarregados da defesa da cidade; e o terceiro grupo, encarregado do governo e da gestão da cidade e do conhecimento. Cada uma dessas categorias está diretamente vinculada a uma parte da alma humana, que por sua vez, também é um órgão tripartite: a) uma parte apetitiva relacionada a funções de conservação natural e fisiológica do corpo humano, como alimentação e os prazeres sexuais; b) a parte irascível, destinada a defesa física e biológica do corpo; c) a parte racional, é a faculdade do conhecimento.

Platão afirma que a educação inicial será dada igualmente aos meninos e as meninas, e que as crianças dos dois sexos passarão pela seleção, de sorte que poderá haver mulheres na classe militar. O argumento platônico é claro: um Estado que não usa as aptidões das suas mulheres é um Estado pela metade, incompleto (...) Os guardiães devem considerar que sua casa é a Cidade, por isso não terão casa própria, nenhuma propriedade privada, nem família: homens e mulheres viverão em comunidade, seus bens serão comuns, o sexo será livre (não havendo casamentos), as crianças deverão ser consideradas filhas da comunidade inteira. (CHAUÍ, 2002, p. 307-308)

3.1.3 A posição de Aristóteles a respeito do gênero

Diferentemente de Platão que no contexto cultural da Grécia clássica, apresenta uma posição sobre as relações de gênero, inovadora por defender acesso das mulheres à educação, Aristóteles possui uma posição conservadora, que terá grandes implicações para o contexto cultural ocidental, já que sua filosofia exercerá forte influência sobre o Cristianismo, importantes filósofos e teólogos, da

Idade Média, como São Tomás de Aquino. A posição aristotélica é conservadora em dois aspectos fundamentais: o primeiro é a transformação de diferenças biológicas em desigualdades sociais e naturais, como o gênero feminino é diferente do masculino ou o adulto é diferente da criança; a relação senhores e escravos. Em outras palavras, Aristóteles inscreve diferenças e desigualdades sociais em favor do gênero masculino, como processos originários da natureza humana.

O fundamento teórico da inferioridade das mulheres tem nas concepções metafísicas seu substrato mais profundo, mas também justificado por diferenças anatômicas, fisiológica e ética do Estagirita. Do ponto de vista biológico, o gênero masculino é superior ao feminino já que ele é o responsável pela transmissão da forma humana por meio do esperma, no ato sexual.

“Por fin llegamos a la razón última de los defectos que se acumulan en el cuerpo de las mujeres: la naturaleza femenina es un defecto natural. Y es que la mujer es ella misma un defecto. Nada podría escapar al registro de la falta en la que se define.”
(SISSA, 1993, pág. 85)

Do ponto de vista ético-metafísico, a alma humana, composta por quatro partes, é hierarquizada pelo número de funções e quantidade de operações que cada função consegue desempenhar: a) função nutritiva (presente em todos os seres vivos); b) função sensitiva (presente apenas nos animais); c) função locomotora-apetitiva (buscar os objetos de prazer, fugir dos que causam dor); d) alma intelectual (exclusiva do homem), responde pelo conhecimento intelectual. A posição de subalternidade das mulheres é decorrente da natureza humana, como membro do gênero humano, as mulheres possuem as quatro faculdades da alma, mas na função intelectual, as mulheres têm a faculdade de deliberar potencialmente, essa faculdade não se efetiva em decisão, não se transforma em ato.

Isto nos leva imediatamente de volta à natureza da alma: nesta, há por natureza uma parte que comanda e uma parte que é comandada, às quais atribuímos qualidades diferentes, ou seja, a qualidade do racional e a do irracional. (...) o mesmo princípio se aplica aos outros casos de comandantes e comandados. Logo, há por natureza várias classes de comandantes e comandados, pois de maneiras diferentes o homem livre comanda o escravo, o

macho comanda a fêmea e o homem comanda a criança. Todos possuem as diferentes partes da alma, mas possuem-nas diferentemente, pois o escravo não possui de forma alguma a faculdade de deliberar, enquanto a mulher a possui, mas sem autoridade plena, e a criança a tem posto que ainda em formação. (...) Devemos então dizer que todas aquelas pessoas tem suas qualidades próprias, como o poeta (Sófocles, *Ájax*, vv.405-408) disse das mulheres: ‘O silêncio dá graça as mulheres’, embora isto em nada se aplique ao homem (ARISTÓTELES, 1260 a- b, pp. 32 e 33).

3.1.4 As relações de Gênero no Direito Romano

O historiador jurídico Yan Thomas (1993) aponta importantes características da ordem de divisão e de direitos dos gêneros no interior do direito romano. Procura ir além da constatação de que a sociedade romana, assim como outras sociedades da Antiguidade, o poder patriarcal fundamentava as relações entre gênero, e, portanto, a exclusão das mulheres, do espaço público, da sociedade e da política derivam desse aspecto. Yan Thomas (1993) revela que o status das desigualdades políticas e sociais entre os gêneros feminino e masculino tem como fundamento uma ordem jurídica para a qual a cidadania, participação e transmissão de bens é derivada da ordem do gênero, instituída em lei, o código romano. O direito romano entende ser o matrimônio entre homem e mulher, “*coniunctio maris et feminae*”, a unidade básica da sociedade. Dessa união o homem se torna um *paterfamília* e mulher uma *materfamília* (mãe de família), resultando posteriormente a formação das cidades, da cidadania e da nacionalidade.

Mas há diferenças significativas entre os gêneros no direito romano. Um homem recebia o título de *paterfamília* (pai de família) mesmo sem ter filhos, sanguíneos ou adotados. Seu título era herdado após a morte do pai ou do avô, a qual estava ligado dentro de uma cadeia de poder e sucessão real. Essa corrente patrilinear transmitia aos descendentes do gênero masculino cidadania, patrimônio e o poder de garantir sucessão e descendência post mortem.

A exclusão do gênero feminino da sociedade e do espaço público tem como fundamento primeiro, as considerações teóricas acerca da natureza das mulheres, vistas como inferiores naturalmente, portadora de fraqueza congênita, limites das faculdades intelectuais e ignorância da lei. Mas no sistema legal romano, foi negado

em razão de sua natureza, diversos direitos no âmbito privado ou público, como: direito a adoção de crianças, exercício de tutela de filhos menores, quando viúvas (a criança era entregue aos cuidados do homem mais próximo), incapacitadas para representação política ou para advogar em favor de terceiros. O código romano chamava tais atividades de *officium viri*. *“Tomemos, por ejemplo, la representación ante la justicia. Las mujeres no podían ser elegidas como representante (procurator) de una de las partes en un proceso porque, dicen los textos, encargarse de la causa de otro es un “oficio” civil, público y viril.” (YAN THOMAS, 1993, p.162)*

3.2 A CONDIÇÃO DE GÊNERO DURANTE A IDADE MÉDIA

A condição de gênero na Idade Média é marcada primordialmente por dois pressupostos. Um primeiro pressuposto característico da reflexão da condição de gênero na Antiguidade, que podemos chamá-lo de inferioridade ontológica da natureza da mulher perante o gênero masculino, vista como frágil, passional e irracional. Na Idade Média, o Cristianismo adicionou um outro importante pressuposto, na já típica misoginia contra as mulheres: a inferioridade teológica. Por isso, os santos padres, teólogos, juristas, filósofos unidos instituíram em seus respectivos campos um conjunto de normas de controle para governar, controlar e punir as mulheres por sua natureza. As normas de controle instituídas pela Igreja enraizaram no Ocidente uma forte cultura misógina e certeza da inferioridade teológica do chamado segundo sexo. As mulheres foram identificadas pelo Cristianismo como causa da entrada do pecado, da morte, do sofrimento e do trabalho.

Passamos a destacar alguns elementos e características que ajudaram a consolidar essa cultura machista, misógina e patriarcal. O primeiro deles, podemos relembrar o papel desempenhado pela filosofia de Aristóteles, especialmente após a releitura de São Tomás de Aquino. Segundo Dalarun (1993), a filosofia aristotélica atendia aos objetivos de justificativa para a hierarquia dos sexos, estabelecendo o gênero masculino como superior ontológico e teologicamente, à custódia e vigilância sobre as mulheres no interior da família, do convento,

das atividades públicas, sua redução ao mundo privado, da casa ou da religião tendo uma vida pautada para a interioridade, salvação da alma, procriação e cuidado dos filhos e do marido. A Virgem Maria adquire cada vez mais importância como contraponto e modelo para uma condição paradigmática da vida das mulheres, fossem elas laicas ou religiosas, por seu exemplo de pureza, castidade e ser refúgio dos pecadores.

“Hildeberto de Lavardin también aporta su cantilena. Los três mayores enemigos del hombre son la mujer, el dinero y los honores: “La mujer, una cosa frágil, nunca constante, salvo en el crimen, jamás deja de ser nociva espontáneamente. La mujer, llama voraz, locura extrema, enemiga íntima, aprende y enseña todo lo que puede perjudicar. La mujer, vil forum, cosa pública, nacida para engañar, piensa haber triunfado cuando puede ser culpable. Consumándolo todo en el vicio, es consumida por todos y, predadora de los hombres, se vuelve ella misma su presa. (DALARUN, Jacques, 1993, p.31)

Segundo Carla Casagrande (1993), a classificação da condição do gênero feminino no interior da Idade Média refletia e representava muito mais uma ideologia do lugar e do papel das mulheres nesta sociedade, sempre acompanhado de uma descrição moralizante de classificação e de paradigma. Grosso modo, as mulheres se dividiam em dois grandes grupos: as laicas, maioria absoluta e as religiosas, em menor número. As mulheres laicas foram classificadas segundo: a) relação matrimonial (virgens, casadas, viúvas além das prostitutas); b) faixa etária (adolescentes, jovens, maduras, idosas); c) posição social: pobres, trabalhadoras, ricas, nobres, duquesa, princesas, rainhas e imperatrizes.

As condutas das mulheres eram modeladas e avaliadas segundo uma rígida norma de controle moral e muita misoginia. As mulheres que se arriscavam a sair das casas e dos mosteiros para simplesmente ocuparem ruas e praças eram taxadas como vagabundas, já que sua sexualidade e seus desejos poderiam provocar e despertar nos homens desejos imorais, levando ao cometimento do pecado, dos adultérios e da violência.¹ Sendo também reconhecidas pela

¹ CASAGRANDE, Carla (1993, p.99): “Dina estaba allí para recordar a todas las mujeres lo peligroso que podía ser salir de las casas y de los monasterios. En las plazas y en las calles, en el recorrido que va de la puerta de la casa a la iglesia, la mujer puede ser vista y, al decir de los predicadores y de

inquieta e curiosidade presentes em seu espírito nunca saciado, de humor instável, cujos afetos impelem a buscar o novo, conhecer coisas estranhas, mudar de opinião, sempre tomadas por impulsos e paixões.

Dina estaba allí para recordar a todas las mujeres lo peligroso que podía ser salir de las casas y de los monasterios. En las plazas y en las calles, en el recorrido que va de la puerta de la casa a la iglesia, la mujer puede ser vista y, al decir de los predicadores y de los moralistas, provocar en los hombres, particularmente si son jóvenes, imprudentes deseos de lujuria; de allí las violencias, los engaños y los adulterios que siembran desórdenes y discórdia en el núcleo familiar y en la comunidad social. (CASAGRANDE, Carla, 1993, p.99).

Por isso, as mulheres deveriam viver sob custódia ou vigiadas por homens (pais, maridos, irmãos, pregadores, diretores espirituais) a fim de garantir hábitos saudáveis e salvação da alma por meio da repressão, da vigilância, do enclausuramento. Sendo elas incapazes de terem a confiança e o direito de vigiar outras mulheres, em razão de sua fraqueza de espírito e intelecto². A oposição interior/exterior era utilizada para controlar a aparência³, vestimentas, a maquiagem, os gestos, a palavra, o acesso ao mundo da cultura. Devendo assim apresentar de forma parcimoniosa e contida, valorizando a espiritualidade interior, o espaço privado doméstico para as leigas ou dos mosteiros para as religiosas⁴. O ócio era condenado e visto como abertura para potencializar

los moralistas, provocar en los hombres, particularmente si son jóvenes, imprudentes deseos de lujuria; de allí las violencias, los engaños y los adulterios que siembran desórdenes y discórdia en el núcleo familiar y en la comunidad social.”

² Casagrande (1993, p.108). Por tanto, las mujeres no pueden custodiarse por sí mismas; la infirmitas de su condición, que las hace débiles y privadas de toda firmeza, exige que, junto a la vergüenza, intervengan otras custodias. Los hombres —padres, maridos, hermanos, predicadores, directores espirituales— comparten con Dios y los ordenamientos jurídicos la difícil, pero necesaria tarea de custodiar a las mujeres; las cuales, afortunadamente, gracias a una sabia disposición de la naturaleza debida a una oportuna intervención de la divina providencia, aparecen sometidas desde siempre a la autoridad de sus compañeros y, por tanto, em condiciones, aunque no exactamente bien dispuestas, a acatar su custodia.

³ Casagrande (1993, p.109) La mujer maquillada y lujosamente vestida privilegia, contrariamente al orden querido por Dios, la vil exterioridad de su cuerpo por encima de la preciosa interioridad de su alma; la complacência excesiva de que hace gala por un vestido que le aprieta el cuerpo, por el color de una tela que realza su belleza y un peinado que la favorece, denuncia un interés íntegramente volcado al cuidado externo del cuerpo, que no deja espacio ni tiempo para el cuidado amoroso de la virtud.

⁴ Casagrande (1993, p. 113) Peligroso para toda la humanidad, por ser origen y fundamento de una serie de comportamientos viciosos, el ocio se considera particularmente peligroso para las mujeres:

comportamentos “naturais” das mulheres, como inconstância, mutabilidade do espírito de ânimo, além de permitir a liberação de pensamentos e desejos obscenos e ilícitos⁵.

Por isso, deviam as mulheres se ocuparem com atividades laborais doméstica, o cuidado com o lar, os filhos e o marido. Mulheres ocupadas jamais estariam ociosas, não estando suas mentes e pensamentos disponíveis para o pecado oriundo do ócio e desocupação. Além do trabalho doméstico e familiar, a ligação e presença das mulheres no mundo público só era legitimada se fosse por meio de obras e ações caridosas. “Por medio de la caridad, la mujer parece entrar por fin en contacto con el mundo que se agita fuera de las casas y de los monasterios; un mundo poblado por marginados, pobres, enfermos, lisiados, vagabundos, mendigos, pero, sin embargo, siempre un mundo que, aunque por poco tiempo, la arranca de la quietud doméstica y le impone contactos sociales ajenos a la familia. (CASAGRANDE, Carla, 1993, p.115)

Por fim, a proibição para a expressão e o uso da palavra no espaço público tenha como origem a concepção ontológica de uma natureza expressiva em excesso, mentirosa, insistentes, promotora da maldade. A falta de moderação e racionalidade nas mulheres são vistas como responsáveis pela desordem familiar, da comunidade, da sociedade, além da própria família, além de colocar em risco a própria castidade das mulheres

3.3 A CONDIÇÃO DE GÊNERO DO RENASCIMENTO À MODERNIDADE

O período do século XVI ao século XVIII foi marcado por um intenso debate entre os homens e as mulheres, inteiramente ligado ao clima de instabilidade sócio-política e de deterioração dos quadros de referências, com as mudanças significativas do modelo eclesial e do Estado que passa a apostar no mercantilismo econômico a partir do século XVII. Depois da Reforma e a Contra Reforma novos espaços são desenhados e no final do século XVI e início do século XVII se falava

la “natural” inconstancia y mutabilidad femeninas del ánimo, alimentada por ritmos repetitivos de una vida retirada, conducida por la bandera de la moderación, parece encontrar en los momentos de ocio la ocasión propicia para liberar un flujo de pensamientos y de deseos, a menudo obscenos e ilícitos.

5

mesmo das “*querelas das mulheres*” ou da guerra dos sexos. (FARGE e DAVIS, 1994, p. 11). Por um lado, as mudanças culturais e as divisões religiosas alteraram a relação da mulher com o mundo, protestantes e católicas farão um percurso pessoal e distinto relativamente à cultura e ao conhecimento, o que dará a elas lugares diferentes na família e na cidade.

Por outro lado, as profundas alterações econômicas, as epidemias, as fomes e as guerras levaram muitas mulheres a formas de resistência ou de transgressão que as fizeram entrar na cena pública. O objetivo da vida de trabalho de uma mulher solteira era poupar e auxiliar sua família dos custos de sua alimentação, empenhar em acumular um dote e em adquirir aptidões de trabalho que atraísse o marido. Na área rural, desenvolviam pequenos trabalhos agrícolas, cuidados com crianças e criadas de pequenas ou grandes propriedades. Nas zonas industriais, as mulheres foram recrutadas inicialmente para o trabalho de tecer e fiar nas empresas têxteis.

A preocupação com a educação emerge entre o Renascimento e o período das Luzes, estando a diferenciação sexual das práticas educativas acompanhando também a diferenciação social. O círculo dos iniciados na cultura (homens e mulheres) alargou-se para além do básico ler, escrever e contar. As exigências cada vez maiores das instituições sociais políticas e eclesiásticas, além da ampliação e diversificação dos espaços destinados ao saber, são as causas desse processo. Mas a diferença de investimento e formação entre homens e mulheres era enorme, já que a educação destinada às mulheres era incompleta, vigiada e sem qualquer perspectiva emancipatória.

A defesa da igualdade de condições sociais, pedagógicas e formativas igual para homens e mulheres aparecem, no século XVII, em diversas obras literárias e gêneros literários, como a novela, a comédia, a literatura epistolar, discutida nos salões literários das cortes. Destacam-se também os escritos de duas pioneiras, a francesa Poullain de La Barre, que em 1673, servindo-se do método cartesiano, demonstra a igualdade das aptidões de mulheres e homens para o conhecimento. Já a inglesa Mary Asthell, vinte anos depois, 1694, exorta em seus escritos, as mulheres que desejam superar os entraves e limitações impostas pela vida conjugal e familiar, viverem uma vida dedicada aos estudos e conhecimento em

ambientes próprios repleto de solidariedade e autonomia para as mulheres.

Os lugares da educação para as mulheres tem uma dimensão essencialmente doméstica, entre os séculos XVI e XVIII. As famílias mais abastadas financeiramente poderiam, caso quisessem ampliar a escolaridade de suas filhas, enviar para instituições específicas, como conventos, escola elementar, colégio interno laico, como os primeiros programas de estudos voltados para as mulheres excluía por óbvio, o acesso e o domínio dos saberes abstratos, como filosofia, línguas antigas, e retórica que continuariam sendo privilégios dos homens.

A vontade de alargar o horizonte educativo feminino e o aparecimento de estabelecimentos específicos para a aquisição de um saber claramente demarcado do dos rapazes, andam a par. A escola das raparigas surge para combater o caráter misto que tende de fato a introduzir-se na dos rapazes. Como é impensável que irmãos e irmãs se sentem nos mesmos bancos para ouvirem as mesmas coisas, multiplicam-se e diversificam-se pouco a pouco os lugares da educação das raparigas. Paradoxalmente, estas acabam por tirar proveito dos violentos e repetidos ataques dos moralistas e das pessoas da Igreja, que perseguem e condenam – a mistura dos sexos – na escola, precipitando a abertura de escolas em sua intenção. (SONNET, 1994, p.152)

Na Filosofia das Luzes do século XVIII, o discurso que se estabelece pautado na igualdade entre gênero e raça apresenta sérias e grandes limitações. A tão propalada maioria atingida por todo e qualquer homem que dele faça uso da razão para conhecer o mundo, com inquietude e liberdade, podendo assim alcançar as verdades estabelecidas e postas no mundo da natureza, seriam universais e válidas para qualquer lugar. O discurso iluminista consagrado na Revolução Francesa de 1789, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que emergiu simultaneamente a este movimento, não pode esconder uma contradição elementar: o discurso feito em favor da igualdade, da liberdade e da universalidade dos valores e do saber entre homens e mulheres de todas as raças e gêneros, é feito por homens para homens; e destes para as mulheres.

Ou seja, a relação característica da teoria do conhecimento da modernidade, entre um sujeito que é ativo e conhece um mundo natural que se apresenta como passivo, diante desse sujeito do conhecimento, nas relações de gênero, homens continuam ocupando papel preponderante, já que estão na condição de sujeito do

conhecimento e as mulheres, reduzidas à condição de objeto, a condição natural.

O sujeito desse dizer é, evidentemente, o homem, que pode também tomar-se por objeto sem abandonar a sua qualidade de sujeito. A mulher não é senão o objeto de um discurso que a situa no interior dele próprio, mantendo-lhe, simultaneamente, o seu estatuto de exterioridade. (...) Os discursos masculinos que têm a mulher como objeto utiliza, as mais das vezes, a primeira pessoa do plural: nós. Nos, representa o conjunto dos homens que se propõem instituir uma teoria sobre a outra metade, Multiplicam-se os exemplos para ilustrar esse centro não neutro da palavra viril. (CRAMPE-CASNABET, 1994, p.374)

Do ponto de vista político, as assimetrias nas relações de gênero, se impunham até com mais contundência. As forças de segurança, como os exércitos que foram formados no decorrer da modernidade, a partir da contratação de mercenários, recrutas e o que restou das levas feudais, eram integrados exclusivamente por homens. As mulheres que acompanhavam as tropas estavam na condição de cozinheiras, esposas, criadas, vivandeiras ou prostitutas. Também nos tribunais, mesmo as mulheres sendo autoras ou objetos em diversas ações e contratos, mas não poderiam figurar como testemunhas em processos. As administrações públicas eram restritas aos homens. Apesar disso, as nações então organizadas sob a forma monárquica, reconheciam o direito e o espaço político às mulheres que por direito e sucessão eram coroadas como rainhas. No geral, raramente as mulheres estavam convidadas ou habilitadas para participação nos conselhos e assembleias locais ou provinciais.

Rompendo barreiras e dificuldades típicas do contexto, na Inglaterra, durante o período da chamada Revolução Inglesa é destacado o papel de dois grupos de mulheres: o primeiro conhecido como peticionárias, mulheres que a partir de 1642 apresentavam ao Parlamento petições sobre diversos assuntos públicos, outro grupo, chamado de niveladoras, contestava o princípio fundamental do direito patriarcal segundo o qual os interesses das mulheres estariam subordinados e acolhidos nos pleitos de seus pais e maridos. Para elas, as mulheres tinham interesses iguais e mesmo distintos dos homens, portanto, era legítimo o pleito e o dever em defendê-los. Talvez por isso, milhares de mulheres pobres e camponesas estiveram presentes em centenas de motins e revoltas de distintas motivações políticas, econômicas e sociais, contra as violências religiosas,

a cobrança de impostos e o aumento dos preços de cereais.

Na Revolução Francesa, as mulheres desempenharam papéis fundamentais para o processo revolucionário, mas sua contribuição (como esperado) não é geralmente destacada e valorizada. As manifestações e motins contra o alto preço de cereais, como o pão, eram compostas majoritariamente por mulheres. Segundo Schmidt (2012, p.13), mesmo excluídas da representação na Assembleia revolucionária, as mulheres estavam presentes acompanhando os trabalhos, enchendo as galerias, manifestando-se por meio de aplausos, gritos, vaias, pressionando os parlamentares em suas posições. Cumpriam também o importante papel de porta voz dos populares das decisões tomadas. Embora excluídas formalmente da representação política da Assembleia, as mulheres faziam suas reivindicações através de panfletos, petições, artigos e colunas em jornais, lutando de todas as formas para ultrapassar as barreiras impostas pelo patriarcalismo, que permaneceu mesmo durante um processo revolucionário portador de uma mensagem de superação e eliminação das diferenças de gênero e raça.

Dentre as diversas participantes da Revolução, pode-se destacar o papel de três mulheres: Olympe de Gouges⁶ (1748-1793), que em resposta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que seu universalismo excluía notoriamente as mulheres, redigiu em 1791 a Declaração dos Direitos da Cidadã; Théroigne de Méricourt (1762-1817), que fundou o clube misto de literatura Amigo da Lei; Etta Palm d'Aelders (1743-1799), organizou a Sociedade Patriótica da Beneficência e das Amigas da Verdade, defendendo direitos políticos para as mulheres, o divórcio e a educação feminina.

Mães, filhas, irmãs, mulheres representantes da nação reivindicam constituir-se em uma assembleia nacional. Considerando que a ignorância, o menosprezo e a ofensa aos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo, resolvem expor em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados da mulher (...)

Artigo 1º - A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do

⁶ Seu nome verdadeiro era Marie Gouze (1748-1793), filha de um açougueiro do Sul da França, adotou o nome de Olympe de Gouges para assinar seus panfletos e petições revolucionários em favor das mulheres e pelo fim da escravidão.

homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum. (..)

Artigo 6º - A lei deve ser a expressão da vontade geral. Todas as cidadãs e cidadãos devem concorrer pessoalmente ou com seus representantes para sua formação; ela deve ser igual para todos. Todas as cidadãs e cidadãos, sendo iguais aos olhos da lei devem ser igualmente admitidos a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo as suas capacidades e sem outra distinção a não ser suas virtudes e seus talentos. (OLYMPE DE GOUGES, Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã, 1791).

3.4 A CONDIÇÃO DE GÊNERO NO SÉCULO XIX: AS LUTAS PELO DIREITO AO VOTO FEMININO

A condição de gênero no século XIX representa um dos grandes pontos de viradas e início de organização das mulheres. O historiador Eric Hobsbawm advoga a tese de criação de uma “nova mulher” neste contexto europeu, a partir de algumas mudanças significativas educacionais, culturais, sociais e econômicas. A discriminação contra os trabalhos de mulheres e crianças eram notórios e foram muito bem explorados pelo capitalismo que pagava muito menos aos dois segmentos. *“Produziu-se uma certa masculinização daquilo que a economia reconhecia como ‘trabalho’, assim como no mundo burguês, onde o preconceito contra as mulheres que trabalhavam era muito maior e mais facilmente aplicável”*. O início do processo de emancipação feminino na Europa foi dado na esfera econômica, com a entrada e a ocupação pelas mulheres em postos de trabalho no setor de serviços (HOBSBAWM, 2016, p.309). No campo da educação, foi a rápida expansão da educação secundária para meninas, com a abertura e o crescimento de estabelecimentos e número de matrículas, em países como França e Inglaterra.

A segunda grande alteração foi o aumento do controle de natalidade, com a entrada massiva das mulheres no mercado de trabalho da era industrial das grandes cidades. Aliada ao maior grau de liberdade de movimentos, acesso à cultura e ao lazer por mulheres jovens de classe média. Essa maior liberdade engendrou uma das principais pautas e ações dos movimentos feministas: a liberdade sexual. O respeito ao direito de as mulheres escolherem seus parceiros ou parceiras, além da decisão sobre maternidade e família.

No campo da política, as relações também permaneciam bastante

masculinizadas. As mulheres continuaram a ser sistematicamente excluídas, mesmo num período em que os partidos socialistas e os movimentos operários conquistavam paulatinamente o direito ao voto em diversos países europeus. A ascensão desses partidos contribuiu para a luta pela emancipação e a busca pela liberdade das mulheres e dos movimentos feministas. O que não exclui o fato de que, a grande maioria das mulheres, nos países da Europa Central, permaneceram distante e simpatizar pelos movimentos emancipatórios, tendo sua lealdade e participação meticulosamente captadas pelas igrejas cristãs (especialmente a católica).

Na verdade, os movimentos socialistas ofereciam, em larga medida, o ambiente público mais favorável para as mulheres que não eram atrizes, ou as poucas filhas favorecidas da elite, para que desenvolvessem sua personalidade e seu talento. Mais que isto, eles prometiam numa total transformação da sociedade o que, como bem sabiam as mulheres realistas, haveria de requerer uma mudança no antigo padrão das relações entre os gêneros. (HOBSBAWM, Eric, 2016, p. 324)

Os movimentos feministas estavam inicialmente muito restritos as classes médias urbanas e escolarizadas das grandes cidades. A principal bandeira de organização das mulheres nesse período, a luta pelo direito ao voto, ganhou corpo em países como EUA e a Inglaterra. O movimento das sufragistas pelo direito ao voto feminino, apoiada pelos partidos operários e socialistas, que eram de longe os melhores ambientes para as mulheres emancipadas tomarem parte na vida pública. Até 1914, o direito ao voto das mulheres era realidade apenas na Austrália, Nova Zelândia, Finlândia, Noruega e alguns estados dos EUA. Já nas eleições nacionais de 1914, as mulheres votaram pela primeira vez na Áustria, Tchecoslováquia, Dinamarca, Alemanha, Irlanda, Países Baixos, Noruega, Polônia, Rússia, Suécia, Inglaterra e EUA. Os únicos lugares onde as mulheres estavam excluídas do voto, eram os países latinos de predominância católica, como França, Portugal e Espanha, Hungria, parte da Europa oriental e sudeste europeu.

3.5 A CONDIÇÃO DE GÊNERO NO SÉCULO XX: A EMERGÊNCIA EMANCIPATÓRIA DO SEGUNDO SEXO

Que dizer então do século XX, que é simultaneamente, o século mais sangrento da história e aquele em que, muito tempo depois dos homens, as mulheres ocidentais acedem à modernidade? O século da guerra total em que as vítimas civis e militares se contam por dezenas de milhões. O século do genocídio que não tem qualquer piedade pelo sexo feminino e que, muito pelo contrário, extermina as mulheres judias e ciganas como mães de uma geração futura. O século em que as mulheres têm de sofrer não apenas as consequências dos seus próprios combates – cuja a repressão, sempre desumana, se torna por vezes sexuada (violações, cabelos raspados) para atingir as mulheres na sua feminilidade – mas, também a terrível noção de culpabilidade familiar instaurada pela maior parte dos regimes totalitários. (FRANÇOISE THÉBAUD, 1995, p.15)

O longo trecho citado acima de Françoise Thébaud revela de fato muitas das contradições representadas pelo século XX em termos de relação de gênero, emancipação do segundo sexo e por que não, em história da humanidade. O século XX é decisivo para a história e a mudanças nas relações de gênero, em razão da conquista (que é ao mesmo tempo histórica, política e teórica) da incorporação do conceito de gênero e das relações muitas vezes assimétricas ente os gêneros, ao paradigma da história global. Mais do que nunca, estabeleceu-se neste século a convicção de que as relações entre os sexos, para nós entre os gêneros, não é natural, mas sim uma relação construída e remodelada historicamente. Vamos explorar apenas três aspectos das mudanças nas relações entre os gêneros que nos parecem ter mais relação com nosso recorte temático.

O primeiro aspecto que nos parece relevante destacar no século XX foi as grandes mudanças tecnológicas. Proporcionando a grande parte de homens e mulheres no Ocidente melhores condições de saúde, longevidade, níveis de educação mais elevados, novos hábitos de vida marcados pela urbanização e pela multiplicação dos consumos de bens e de serviços. Sem por obvio negar as enormes desigualdades sociais e econômicas estabelecidas pelo novo padrão de consumo, mas pensando do ponto de vista da emancipação das mulheres, houve impactos importantes, como as transformações no trabalho doméstico e do regime de maternidade, diminuindo o tempo nessas atividades, e lhes permitindo maior participação na vida social.

Um segundo aspecto também central nas mudanças das relações entre os

gêneros foi introduzido pelas transformações na esfera das relações privadas. Falamos especificamente nas reformas dos códigos civis, que enfim consagraram e reconheceram o princípio da igualdade entre esposa e marido, fazendo desaparecer a noção de chefe de família, assim como a pluralidade de arranjos familiares emergentes dessa nova condição. A invenção da pílula contraceptiva por Gregory Pinkus, que fortaleceu significativamente o processo de liberalização, a reapropriação e enfim o domínio do corpo e da sexualidade pelas próprias mulheres.

Por fim, na esfera pública, algumas outras mudanças podem ser destacadas como decisivas para as relações entre os gêneros. As desigualdades educacionais, salariais e profissionais ainda são e estão enormes, por outro lado, há conquista importantes para o fortalecimento da autonomia e emancipação das mulheres. O desenvolvimento dos chamados Estados-providências contribui para ampliação a proteção social das mulheres, com a introdução de mecanismos como salário-maternidade, creches e pré-escolas. Ainda no campo da política, os diversos movimentos feministas desempenharam papel essencial na imposição da feminilidade e do gênero como categorias fundamentais da identificação política e organização. Falar em feminismos é importante porque ressalta a multiplicidade dos discursos e sujeitas que fazem e lutam por transformações na esfera das relações de gênero. Também significa compreender que se a condição de gênero une as mulheres, há vários outros recortes que as diferenciam e precisam ser ressaltados, como raça, credo religioso, nacionalidade, espaço profissional e que são relevantes para a construção da autonomia e emancipação política das mulheres.

4 A CONDIÇÃO DE GÊNERO, ORGANIZAÇÃO E LUTAS DAS MULHERES PELO DIRETO À REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL

4.1 O PAPEL DE ALGUMAS “CÉLEBRES MULHERES” NA LUTA PELO ESPAÇO PÚBLICO NO BRASIL DURANTE O SÉCULO XIX

A luta das mulheres brasileiras pela participação no debate público no Brasil está viva e presente desde o início do processo de colonização dos portugueses. Essas lutas assumiram diversas frentes, espaços e bandeiras sociais: a luta contra o perverso sistema colonial escravocrata que vitimizou e flagelou milhões de mulheres indígenas e negras por quase quatro séculos. Assim como em diversas partes do mundo, a presença e a participação das mulheres no espaço público de representação do Estado foi uma conquista lenta e que só seria efetivada após a Revolução de 1930. Mas ainda é possível apontar uma significativa e provocadora participação das mulheres em outros espaços sociais que pressionariam e tensionariam a um só tempo, a abertura do espaço público do Estado. Inicialmente, excluídas da vida política, as mulheres encontraram espaços para manifestação na literatura, nas artes e na educação. Consideramos assim esses espaços sociais como relevantes, já que o conceito de espaço público, como revelam Prado e Franco (2013), é maior do que a simples representação no interior do Estado.

Lembremos que política não se restringe à esfera do Estado e de suas instituições. Ela atravessa os domínios da vida cotidiana e se encontra presente nas relações variadas que se estabelecem entre os indivíduos, incluindo aquelas entre homens e mulheres. Também há política nas representações e simbologias elaboradas pelos diversos grupos sociais e nas manifestações (espontâneas ou organizadas) em que até mesmo os sentimentos têm peso importante. (PRADO e FRANCO, 2013, p.194- 195)

Durante todo o século XIX, as mulheres participaram dos principais debates e ações que envolveram a vida pública nacional, seja escrevendo em jornais, produzindo romances ou peças teatrais, vestindo-se de soldados para ir para a guerra, refletindo sobre a condição feminina em seu tempo e espaço e forma também protagonistas da história. Na metade deste século, surge no Brasil um movimento cultural e educacional que busca resgatar a história do país por meio das biografias de nossos “heróis” e “heroínas”. Com a clara finalidade de despertar um sentimento de patriotismo e de construção da nação. Foi um momento histórico importante, onde ocorreu uma ruptura institucional na qual passamos a conhecer a histórias de “Mulheres Célebres” contadas por escritores e por

escritoras⁷.

A figura feminina de maior evidência no período da Independência do Brasil foi Maria Quitéria de Medeiros, que teve que se travestir de soldado para lutar batalhas que se desenrolaram na Bahia. Maria Quitéria nasceu em 27 de julho de 1792 em Cachoeiro (Bahia), foi criada no ambiente rústico do sertão e não sabia ler e nem escrever, mas ouvia as histórias da opressão de Portugal sobre o Brasil. Maria Quitéria cortou os cabelos, vestiu as roupas do cunhado e ingressou como homem no Regimento de Artilharia. Em 2 de julho de 1823, entrou na cidade de Salvador acompanhando as tropas vitoriosas e em agosto recebeu, do Imperador no Rio de Janeiro, a Condecoração de Cavaleiro da Ordem Imperial do Cruzeiro e o soldo de alferes de linha. (PRADO e FRANCO, 2013, p. 197-198). Nísia Floresta, considerada por muitos a primeira feminista brasileira, sintetiza as lutas em prol da capacitação intelectual das mulheres e de seu direito à educação. Em 1832 publicou o livro *Direito das mulheres e injustiça dos homens*, uma “tradução livre” de *A Vindication of Rights of Woman* da feminista inglesa *Mary Wollstonecraft*.

Nos escritos sobre a Revolução Farroupilha (1835-1845) não aparecem menção as mulheres, mas Prado e Franco destacam a participação das mulheres nos dois lados da disputa. A favor da monarquia estava a poetisa Delfina Benigna da Cunha (1791-1857) com poemas elogiosos ao Imperador e Maria Josefa Barreto (1780-1837) fundadora de dois jornais da época, que se posicionou fortemente contra o revolucionário Bento Gonçalves. A favor dos farroupilhas encontramos Maria Josefa de Fontoura Palmeiro, que espalhou por Porto Alegre conclamas a rebelados e levou informações a Bento Gonçalves, e duas esposas de líderes farroupilhas, Bernardina Barcellos de Almeida e Clarinda Porto de Fontoura, que trocavam cartas com seus cônjuges durante a revolução manifestando nelas o interesse pela conjuntura política, quebrando com a imagem de sinhazinhas frágeis e desinteressadas das coisas públicas, marcadas pela educação tradicional de época e caladas por conta da repressão dos pais e maridos.

⁷ Dentre vários livros bibliográficos publicados nesse período, cabe destacar: o livro “Galeria Ilustre” de Josefina Álvares de Azevedo publicado em 1897; “Mulheres do Brasil” de Inês Sabino publicado em 1899; “Brasileiras Célebres” de Joaquim Norberto de Sousa e Silva publicado em 1862; “Mulheres célebres” de Joaquim Manuel de Macedo publicado em 1878 e a revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiros publicada no período 1839 a 1889, que apresentou quatro biografias de mulheres do período colonial.

Outra autora destacada desse período foi Inês Sabino, que publicou “Mulheres ilustres do Brasil”, em 1899. Em consonância com o espírito de mudança e de conquistas das mulheres em outras partes do mundo, especialmente na Europa e nos EUA, Sabino defendeu bandeiras importantes, como o direito ao mercado de trabalho e acesso à educação para as mulheres brasileiras. Sabino ainda escreveu a biografia de Bárbara de Alencar e a chamou de “Stael brasileira” e “a primeira mulher política e presa” no Brasil. Bárbara de Alencar nasceu em 1760 em Pernambuco, aos 57 anos de idade se engajou com o irmão e três filhos na Revolução Pernambucana de 1817. Bárbara de Alencar foi presa, transferida para Fortaleza e depois para Salvador, onde ficou presa ao lado do filho Martiniado de Alencar, pai do escritor José de Alencar, e só foi libertada em 1820. Ela ainda se envolveu na epopeia da Confederação do Equador em 1824 e faleceu em 1832 no Piauí. (PRADO e FRANCO, 2013, p. 196)

Já na Guerra do Paraguai, na segunda metade do século XIX, Sabino descreve em seu livro a tentativa de alistamento de duas jovens mulheres como enfermeira, uma delas Maria Amália do Rego Barreto como enfermeiras e o alistamento de Antônia Alves Feitosa (Jovita Feitosa) como “voluntário da pátria para lutar na referida guerra. Ainda sobre a presença das mulheres no cenário político da Guerra do Paraguai, o escritor Machado de Assis, em um texto publicado no Diário do Rio de Janeiro em 07 de fevereiro de 1865, revela parte do pensamento misógino a respeito do papel das mulheres no espaço público. Para ele, o lugar natural das mulheres seria o espaço da casa, do mundo privado, do rezar, cuidar dos feridos e costurar para os soldados, nada de se aventurar como guerreiras amazonas.

Ao par da santa ideia da pátria agravada, vai na imaginação dos heróis a ideia santa da dedicação feminina, das flores que os aguardam, das orações que os recomendam de longe. É assim que ajudais a fazer a guerra. Deste modo estais acima daquelas aborrecidas Amazonas, que, a pretexto de emancipar o sexo, violavam as leis da natureza e mutilavam os divinos presentes do céu. [...]. (PRADO e FRANCO, 2013, p.201)

Outra luta encampada pelas mulheres no século XIX foi o combate à escravidão no Brasil, chamada de “a mancha negra”. Entre mulheres que estavam

no movimento abolicionista podemos destacar as cariocas Narcisa Amália e Chiquinha Gonzaga; as baianas Inês Sabino e Ana Autran; as gaúchas Revocata de Melo, Ana Aurora do Amaral Lisboa e Luciana de Abreu; a cearense Emília de Freitas e as pernambucanas Maria Amélia de Queiroz e Leonor Porto. Elas criaram associações em prol da abolição, promoveram eventos beneficentes para arrecadação de fundos a serem revertidos na alforria dos escravos e produziram textos dos mais variados gêneros, da poesia ao romance, entre outros meios usados por elas para atacar o sistema escravista. (PRADO e FRANCO, 2013, p. 203)

4.1.1 A Luta pelo espaço público e o Brasil pós Constituição de 1891

Promulgada após o golpe militar de 1889 que derrubou a monarquia e instituiu o regime republicano, a Constituição de 1891 apresenta significativas mudanças em relação à Constituição Imperial de 1824. Ao longo dos seus 91 artigos principais e de mais 8 artigos de disposições transitórias, dentre as significativas mudanças inauguradas pela primeira Constituição republicana destacam-se: a ratificação da forma do Estado como república, composta por três poderes originários Legislativo, Judiciário e Executivo. O Chefe do Poder Executivo, o Presidente e o Vice da República, seriam eleitos por voto direto e universal (nos termos do alistamento eleitoral permitido), para um mandato de 4 anos sem reeleição. Implantação do sistema federativo, reconhecendo as unidades sub-federadas, Estados e municípios, como partes vinculantes, autônomas política e economicamente e centrais da administração direta e da provisão de serviços essenciais. Também representou avanço a separação oficial entre Estado e Igreja Católica, iniciando o processo de laicização da vida pública, a garantia a diversas liberdades individuais, como a liberdade de reunião, culto, expressão, direito à propriedade privada, e introdução do direito ao habeas corpus.

Do ponto de vista das relações entre gêneros, a mudança do regime de governo para a forma republicana, contribuiu muito para impulsionar a luta pelos direitos políticos das mulheres e acelerou o processo de engajamento. As mulheres estavam lutando não apenas pelo alargamento do espaço público a elas permitido,

inicialmente restrito às artes, literatura e timidamente na educação; mas, sobretudo, pelo direito à representação e participação política, como garantia do direito ao voto e de elegibilidade. Também houve fortalecimento das reivindicações ao acesso pleno à educação, com a conquista do acesso ao Ensino Superior em 1879, à qualificação profissional, da supressão das barreiras impostas ao trabalho feminino e pelo reconhecimento da igualdade intelectual entre homens e mulheres, como dado científico incontestável.

Do ponto de vista político, a Constituição de 1891 determinou que o corpo de eleitores fosse formado por cidadãos alfabetizados e maiores de 21 anos, sendo ambígua a respeito da participação ou a exclusão das mulheres. Aproveitando essa lacuna algumas mulheres letradas como Maria Augusta Meira de Vasconcelos, formada em Direito pela Universidade do Recife e a dentista gaúcha Isabel de Sousa Matos tentaram se tornar eleitoras, mas não conseguiram. A baiana Isabel Dillon tentou se apresentar como candidata à Constituinte, mas também não obteve sucesso. Não seria difícil imaginar que, mesmo estabelecendo regras supostamente universais para o alistamento eleitoral, tendo como condicionante apenas o acesso à alfabetização, no mundo real, tais regras ajudaram a consolidar um sistema excludente, elitista e oligárquico de participação política. Segundo a Fundação Getúlio Vargas (2016), com o fim do voto censitário e a promulgação da Constituição de 1891, quase 96% da população⁸ estava excluída do direito ao voto.

Refletindo sobre a formação intelectual como premissa para os direitos políticos, Josefina Álvares de Azevedo, fundadora do periódico *A Família*, considerado um dos mais radicais dentre os congêneres da época no tocante à luta pelos direitos das mulheres e a emancipação feminina, expressou-se nos seguintes termos: “Nossas aptidões não podem ser delimitadas pelos preconceitos de sexo, principalmente nos casos com que tenhamos de afirmar a nossa soberania pelo direito de voto. O direito de votar não pode, não deve, não é justo que tenha outra restrição além da emancipação intelectual.” (PRADO e FRANCO, 2013, p.210).

⁸ Fundação Getúlio Vargas, Atlas Histórico do Brasil. Excluídos formados por: 65% de analfabetos da população adulta, 28% das mulheres adultas, 24% da população entre 16-20 anos, além de frades, mendigos e militares de baixas patentes. Disponível em: <https://atlas.fgv.br/marcos/da-proclamacao-constituicao-de-1891/mapas/os-votos-da-primeira-eleicao-presidencial-eleitores>.

4.2 A LUTA PELO ESPAÇO PÚBLICO E RELAÇÕES DE GÊNERO NO BRASIL DURANTE O BREVE⁹ SÉC XX

4.2.1 Ainda a República Velha

No início do século XX, algumas mulheres ainda tentaram exercer o direito ao voto baseadas nas ambiguidades do texto constitucional. Entre elas a advogada Myrthes de Campos, primeira mulher aceita na Ordem dos Advogados em 1906, e a professora Leolinda Daltro, ambas tiveram seus pedidos negados. Em 1910, Leolinda Daltro, indignada com a negativa de seu pedido de alistamento eleitoral, fundou o Partido Republicano Feminino, a fim de fazer ressurgir no Congresso o debate sobre o voto das mulheres. Dois projetos chegaram a ser apresentados, um deles, em 1917, nem chegou a ser discutido e o outro, em 1919, foi para votação, mas Leolinda e o grande número de mulheres que a acompanhou saíram decepcionadas da sessão.

Nota-se uma forte oposição às reivindicações das mulheres, no interior de diversos estratos sociais, no Brasil do início do século XX, especialmente entre as autoridades, políticos, que usavam da “ciência” para respaldar a negativa de direito ao sufrágio das mulheres. Parte do pensamento científico à época, ainda taxava as mulheres, como frágeis e dotadas de menor inteligência, inadequadas para o desempenho de atividades públicas. Reafirmando assim o mantra discriminatório do “lugar natural” ou apropriado à sua condição seria o cuidado com a família, os filhos e o marido. Contribuía também para esse quadro desalentador e de muita misoginia, a ridicularização promovida por certas peças teatrais, crônicas, caricaturas e matérias jornalísticas em grandes impressos.

Apesar do contexto adverso, vozes dissonantes levantaram-se contra o status quo vigente. Uma dessa, a feminista Bertha Lutz, bióloga e segunda mulher a ingressar para o serviço público no Brasil, classificada em primeiro lugar no concurso do Museu Nacional. (SOIHET, 2013, p.219). Ao retornar da Europa, Bertha deu início à uma grande campanha pela emancipação feminina, tornando-se a mais influente referência dos movimentos de mulheres da época, tanto para os

⁹ Século XX assim definido por Eric Hobsbawm em *A Era dos Extremos (2016)*, para o qual os acontecimentos geopolíticos que definem este período ocorreram entre o início da Primeira Guerra, em 1914, e o fim da União Soviética, em 1991.

meios políticos, quanto socialmente. Bertha Lutz e suas companheiras se organizavam em associações, faziam pronunciamentos públicos, escreviam artigos e concediam entrevistas aos jornais da época com o foco na emancipação e na defesa das seguintes lutas: melhoria das condições de trabalho das mulheres pobres com redução da jornada de trabalho de 13 a 14 horas para 8 horas; a educação feminina considerada essencial para a emancipação das mulheres; direitos iguais aos dos homens com os mesmos meios para o exercício do trabalho e com isso obtivessem a mesma remuneração. Criando também, ao lado de Maria Lacerda de Moura, a Liga para Emancipação Intelectual da Mulher¹⁰, em 1920.

Na década de 1920 o movimento pelos direitos das mulheres no Brasil ganhou mais corpo, muito em razão das grandes contestações sociais e da mudança cultural, expressas em diversos movimentos como o tenentismo, o comunismo (o Partido Comunista do Brasil foi criado em 1922), o modernismo (Semana de Arte Moderna de 11 e 18 de fevereiro de 1922) e o feminismo. Outro fator importante dessa década foi a aproximação do feminismo brasileiro com entidades internacionais, com a participação de Bertha Lutz na Primeira Conferência Interamericana da Norte-América, realizada em Baltimore.

Em 1922, foi fundada a Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF), entidade que substituiu a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher, e que tinha como objetivos “coordenar e orientar os esforços da mulher no sentido de elevar-se ao nível da cultura e tornar-lhe mais eficiente a atividade social, quer na vida doméstica que na vida pública, intelectual e política” (SOIHET, 2013, p.224). Em dezembro do mesmo ano, a FBPF realizou o Primeiro Congresso Internacional Feminino na cidade do Rio de Janeiro. A luta da FBPF prosseguiu ao longo dos anos filiais foram abertas em diversos estados brasileiros ao mesmo tempo em que outras associações assistenciais e profissionais aderiram à Federação. O debate sobre o voto feminino foi força entre os juristas e aparecia com frequência nos jornais da época.

¹⁰ Chegando a defender bandeiras mais radicais e progressistas, como a defesa do amor livre, do controle da natalidade e “uma educação racional” para a mulheres, que as levasse à “sua perfeita emancipação intelectual”. (SOIHET, 2013, p.222).

4.2.2 As relações de Gênero no Brasil durante a Era Vargas 1930-1945: a conquista da representação política na Câmara Federal

A ascensão política de Getúlio Vargas e de seus então aliados liberais, após o processo de deposição do último presidente eleito pelo esquema das oligarquias, Washington Luís, na chamada Revolução de 1930, marcou o fim da chamada República Velha, dos acordos oligarcas e o início da construção do chamado moderno Estado nacional brasileiro. Do ponto de vista das relações entre os gêneros, haverá inicialmente alguns importantes avanços, logo suprimidos pelo início da ditadura varguista de 1937.

Em 1932, o Brasil finalmente ganhava um novo Código Eleitoral, com o Decreto 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que estabeleceu no país o voto secreto e o direito ao voto das mulheres¹¹. Faltava a incorporação desse princípio à Constituição que só seria votada em 1934. O sufrágio feminino foi finalmente garantido no artigo 108 da Constituição Brasileira de 1934, mas o texto constitucional não previa o voto universal às mulheres apresentando algumas restrições: “O alistamento e o voto são para homens e mulheres, quando essas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que lei determinar.” (CORTÊS, 2013, p.262). Além do direito ao voto feminino, a Constituição de 1934 concretizou algumas reivindicações da luta feminista no Brasil, como o direito das mulheres brasileiras casadas com estrangeiros de manterem sua nacionalidade e transmiti-la aos filhos; a proibição da diferença salarial para um mesmo trabalho por motivo da idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; a garantia de segurança econômica aos trabalhadores e trabalhadoras, o direito ao lazer semanal e às férias anuais; a liberdade de reunião e associação; a participação dos trabalhadores no estabelecimento da legislação trabalhista e das condições de trabalho; a garantia da previdência social; e o direito à maternidade,

¹¹ O Rio Grande do Norte foi o primeiro Estado brasileiro a garantir, por dispositivo legal, a igualdade de direitos políticos para ambos os sexos, ainda em 1927, com o registro de Celina Guimarães Viana. Abrindo assim o precedente legal para que outros dez estados passassem a aceitar o alistamento eleitoral das mulheres. Em homenagem à data, a então Presidenta Dilma Rousseff, em 2015, instituiu o dia 24 de fevereiro como o Dia da Conquista do Voto Feminino no Brasil.

amparado pelo Estado.

Os bons ventos democráticos duraram pouco tempo no Brasil, em um golpe de estado em 1937, Getúlio Vargas dissolveu o Congresso Nacional e extinguiu os partidos políticos. Mas a Constituição outorgada de 1937 manteve o voto feminino e ainda retirou as reservas estabelecidas na Carta Magna anterior. O Estado Novo vigorou até 29 de outubro de 1945, nesse período do governo ditatorial os movimentos sociais não puderam se manifestar, inclusive os movimentos feministas.

4.2.3 As relações entre gêneros no Brasil durante a vigência da Constituição de 1946

A queda do Estado Novo foi fruto das contradições políticas do projeto varguista que, mandou milhares de soldados à Europa para lutar em favor da democracia contra os regimes nazifascistas, mas que internamente governou por mais de 8 anos com enormes restrições de liberdades e censuras de toda sorte, foi consumada com sua deposição por um golpe de seus ministros militares em outubro de 1945. O processo de descompressão política e social, e a consequente reorganização e articulação de setores oposicionistas à ditadura Vargas, já iniciara em 1943, com a publicação do Manifesto dos Mineiros. No início de 1945, a assinatura de um Ato Adicional à Constituição de 1937 marcou as eleições presidenciais e legislativas para o final do ano e permitiu a organização legal dos partidos políticos. Em outubro deste ano, uma ação liderada pelos ministros militares, depõe Vargas do poder a fim de garantir a continuidade do processo de transição.

A Constituição de 1946 trouxe retrocesso para as mulheres ao eliminar a expressão “sem distinção de sexo” diante da afirmação de que “todos são iguais perante a lei”. Entretanto inovou ao estabelecer a assistência à maternidade, à infância e à adolescência como obrigatória em todo o território nacional; ao acrescentar aos motivos que proibiam diferença de salário para um mesmo trabalho, a idade, a nacionalidade e ao estado civil; ao tornar o não pagamento de pensão alimentar (inadimplemento) razão para prisão civil do devedor. (CORTÊS,

2013, p.262)

Além disso, é preciso destacar que, os dois códigos eleitorais vigentes no período da Constituição de 1946, limitavam e restringiam a participação das mulheres, já que aquelas que não exerciam atividades profissionais lucrativas eram facultados o direito ao voto.

O Código Eleitoral de 1945 (Decreto-Lei nº 7.586/1945) tornava essa obrigação facultativa para as mulheres que “não exerçam profissão lucrativa”. A mesma distinção foi mantida pelo Código Eleitoral de 1950 (Lei 1.164/1950), que estabelecia que “o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo *salvo*: as mulheres que não exerçam profissão lucrativa” (art. 4, alínea “d”). (VOGEL, 2019, p.22)

Em 1946, foi fundado o Instituto Feminino para o Serviço Construtivo (IFSC), embrião da Federação de Mulheres do Brasil (FMB), criada em 1949, expressão de um novo movimento de mulheres no Brasil, com base no pensamento político de esquerda (em especial do Partido Comunista do Brasil), que tinha como pressuposto básico a luta das mulheres por uma nova sociedade em que fossem abolidas as classes sociais, a partir das qual seriam abolidas todas as outras formas de opressão. De 1949 a 1960, a FMB permaneceu como associação nacional que congregava boa parte das militantes dos movimentos de mulheres. Em 21 de abril de 1960, foi fundada a Liga Feminina do Estado da Guanabara, que participou ativamente de movimentações sociais e políticas, juntamente com organizações sindicais e estudantis, mas suas atividades foram interrompidas com o golpe de 1964. Assim como outros movimentos suas ações foram consideradas subversivas pelos militares que assumiram o poder.

4.2.4 As relações de Gêneros no Brasil pós golpe militar de 1964 e o novo Código Eleitoral

Após a decretação do golpe militar em 31 de março de 1964, os militares agiram para institucionalizar o poder tomado de assalto a pouco. Para isso, toda a normatividade da promulgada Constituição Federal de 1946, foi sendo desmontada diariamente com a edição inicialmente de normas e posteriormente os

chamados Atos Institucionais¹². A edição dos Atos Institucionais nº 2 e 3 desmontou toda o sistema democrático eleitoral instituído pela Constituição, com a cassação dos registros dos partidos, mandatos, entidades sindicais, eleição indireta para Presidente e Vice pelo Congresso Nacional; dos Governadores pelas respectivas Assembleias e interventores nas capitais. Após a imposição da Constituição de 1967, na prática os Atos Institucionais¹³, foram incorporados para o novo ordenamento constitucional.

Do ponto de vista dos direitos das mulheres, o Código Eleitoral de 1965, Lei nº 4.737, trouxe alguns importantes avanços: a exclusão do exercício de profissão lucrativa ou emprego público para exigência de obrigatoriedade cívica do voto das mulheres, como o Art. 6º que define quais situações poderiam ser considerada facultativas: o “alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo: I – quanto ao alistamento: a) os inválidos; b) os maiores de setenta anos; c) os que se encontrem fora do país; II – quanto ao voto: a) os enfermos; b) os que se encontrem fora do seu domicílio; c) os funcionários civis e militares, em serviço que os impossibilite de votar”.

Garantir a igualdade legal entre homens e mulheres, excluindo qualquer barreira ou desincentivo para a participação das mulheres significava enfim que a condição de gênero deixaria de ser percebida socialmente como incapaz para a vida cívica. Apesar disso, como o código ainda continuou proibindo o voto dos analfabetos, e uma parte significativa das mulheres estavam às margens do acesso à alfabetização e letramento, especialmente no interior do país, segundo dados de Biroli e Miguel (2010), em 1974, apenas 35% das mulheres estavam alistadas eleitoralmente.

Ainda durante esse período, o Brasil conheceu sua primeira senadora eleita, Eunice Michiles (AM), suplente, tendo assumido o cargo em 1979, em vista da morte do titular. Já Laélia de Alcântara foi a primeira senadora negra da história e a

¹² Ao todo, foram editados entre 1964 e 1969 dezessete Atos Institucionais, que tiveram validade até 1978.

¹³ De todos os atos institucionais, o mais temido e truculento foi o AI-5, que suspendeu a garantia do habeas corpus para determinados crimes; deu ao Presidente da República poderes para decretar estado de sítio; possibilitou a intervenção federal sem limites constitucionais; suspendeu direitos políticos; restringiu o exercício de direito público ou privado; cassou mandatos eletivos e determinou recesso do Poder Legislativo Federal, Estaduais e Municipais, entre outras restrições de direito e cidadania que afetaram igualmente homens e mulheres.

terceira parlamentar, formando a bancada ao lado de Eunice Michiles, em 1981. Laélia, em sua rápida passagem pelo Senado, lutou contra o aborto e o racismo.

5 GÊNERO E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

O atual ordenamento jurídico institucional brasileiro foi consagrado na aprovação da Constituição de 1988, no período de redemocratização do Brasil pós ditadura militar. Foi carinhosamente chamada pelo então presidente da Câmara, Deputado Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Sua elaboração e promulgação, contou com intensa participação da sociedade. Em termos organizacionais, a Constituição de 1988 estruturou o ordenamento jurídico institucional com a divisão de administração pública em três poderes em linha horizontal, Executivo, Legislativo e Judiciário. Consagrou também direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, a saber: direitos civis, políticos, sociais e difusos. Introduzindo também importantes mecanismos de controle, accountability e transparência pública, através da atribuição de competências para Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União. Polícia Federal e em 2003, a criação da Controladoria¹⁴ Geral da União.

Do ponto de vista das relações entre gêneros, os movimentos de mulheres e feministas conseguiram incluir na Carta Magna importantes reivindicações de suas lutas históricas, sendo as principais: a igualdade entre homens e mulheres prevista no artigo 5º, caput e inciso

I. Art. 5º, caput e inciso I, que determinam: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Tais dispositivos, assim como o contido no § 5º do art. 226 (“os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e

¹⁴ Criada pela Lei no 10.683/2003, com autonomia funcional – assumiu e centralizou todas as atividades de controle interno do Executivo Federal e também as iniciativas de prevenção e combate à corrupção.

pela mulher”), não deixam dúvidas quanto à importância que a Constituição confere ao princípio da igualdade, tão ampla quanto possível, entre homens e mulheres.

5.1 BREVE RESUMO DA REPRESENTAÇÃO DE GÊNERO ENTRE 1990-2006 E A BAIXA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO PARLAMENTO

O histórico da representação das mulheres na Câmara Federal tem clara correlação direta, entre outros fatores, com o regime democrático, especialmente após o início do processo de redemocratização brasileiro pós-ditadura militar dos anos 1980¹⁵. Até as Eleições regionais de 1982, a representação de gênero na Câmara Federal foi marcada pela baixíssima e inexpressiva representação, exceto em 1966. Desde a instituição do voto das mulheres em 1932, a bancada feminina na Câmara Federal elegeu duas parlamentares em 1933, nenhuma em 1946, uma em 1950, duas em 1954, uma em 1958, uma em 1962, seis em 1966, uma em 1970, uma em 1974, duas em 1978.

A partir do processo de abertura política, nas Eleições de 1982, foram eleitas oito mulheres, em 1986, para o Congresso Nacional Constituinte, foram 26. O número de mulheres vem aumentando paulatinamente Eleição após Eleição (exceção feita à 1998 conforme Tabela 1). Não é preciso teorizar muito para entender que, num regime onde os indivíduos e as organizações da sociedade civil e os movimentos sociais possuem liberdades básicas de opinião, direito a organizar e participar politicamente, segundo as identidades e as bandeiras sociais que melhor convier, sem dúvida alguma favorecem a ampliação da participação de segmentos historicamente excluídos da representação, como as mulheres. Outros fatores também aqui já discutido contribuíram, como a obrigatoriedade do voto feminino instituída pelo Código Eleitoral de 1965 e ratificada pela Constituição de 1988, a permissão dos votos para analfabetos também segundo a CF 1988.

Entre as Eleições de 1994 e 1998, duas importantes mudanças legislativas aconteceram em favor da representação gênero: em consequência da realização da

¹⁵ Bancada de mulheres cresce no Congresso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 dez. 1994. Caderno Brasil. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/10/18/brasil/21.html>.

IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim, da qual o Brasil foi signatário, que estabelecia, entre outros compromissos, a adoção de medidas para ampliar a representação, o Parlamento brasileiro aprovou a inclusão do dispositivo da política de cotas de gênero de 20% das candidaturas para o legislativo municipal em 1996, por meio da Lei 9.100/1995. Mas como nos lembra Martins (2007), o que o Parlamento teria “concedido” com umas das mãos, ele retiraria com a outra. “No entanto, a negociação para a aprovação da cota resultou também em um aumento do número de candidatos que os partidos/coligações pudessem lançar em cada pleito, de 100% (cem por cento) como era anteriormente, para 120% (cento e vinte por cento) do número de lugares a serem preenchidos.” (MARTINS, 1997, p. 19).

A aprovação da chamada Lei das Eleições 9.504/97 também estendeu as cotas para as eleições proporcionais estaduais e federais, aumentando a cota de 20% para 30% (com a cota transitória de 25% para as Eleições de 1998), mas por outro lado, aumentou o número total de candidaturas de um determinado partido ou coligação para 150% do total de vagas para a respectiva Assembleia Legislativa ou para a Câmara dos Federal. Mas a inclusão do dispositivo de cotas deixou claro toda sorte de dificuldades e lutas que serão necessárias travar em favor da promoção da representação de gênero no Legislativo Federal. Como outra vez, nos revela Martins (1997).

Porém, o objetivo maior das cotas de representação, viabilizar o aumento da participação política institucional, depende da sua capacidade em deslocar atores masculinos em favor das mulheres, que são sub-representadas. Parece incoerente declarar que uma política que busca o equilíbrio de poder entre os gêneros possa atentar contra o princípio da igualdade. Além disso, a preocupação com a paridade, para que nenhum dos gêneros tenha superioridade sobre o outro na representação, não é convincente. Parece surreal o legislador acreditar que a mulher, até então sub-representada em todas as instâncias de poder, venha a superar o homem nas eleições por causa das cotas. Todas as evidências demonstram que os homens não necessitam de proteção especial da lei para garantir os seus direitos de acesso aos cargos eletivos, em resumo não fazem parte de um grupo vulnerável ou minoria, como as mulheres. (MARTINS, 2007, p.21)

Já na primeira Eleição com a vigência da cota, em 1998, ficou claro seus

limites, brechas e falhas. Mesmo com a existência de uma Lei que orientava a necessidade de um contingente mínimo de candidaturas femininas, os partidos e coligações não indicaram sequer metade do mínimo estabelecido de 25%. Isso se deu em função da ausência de qualquer mecanismo ou constrangimento legal para aqueles que não cumprissem o estipulado em lei. E a Lei incidia apenas sobre a lista potencial não sobre a efetiva; a Lei determinava a reserva, não o preenchimento efetivo. A ampliação do número total de candidaturas ofereceu aos partidos a chance de manter e acomodar todos os candidatos do gênero masculino tradicionalmente privilegiados. Com o aumento do número total de candidaturas, não foi necessário retirar uma única vaga de candidatura masculina, em favor da inclusão das mulheres. Novamente como ressalta Martins (2007, p. 24), “os partidos aproveitaram a brecha da legislação que determinava apenas a reserva, mas não o preenchimento, e não completaram as vagas, deixando-as no todo ou em parte vazias.”.

As Eleições de 2002 a representação das mulheres cresceu 48% em comparação ao pleito de 1998, passando de 29 eleitas para um total de 42 eleitas para 52ª Legislatura. Esse expressivo salto não se deu em razão do respeito dos partidos a política de cotas e preenchimento das vagas de candidaturas, apesar do crescimento total no número de candidatas entre 1998 e 2002, conforme tabela 2. Esse ganho está relacionado à conjuntura política de 2002, a qual consagrou ao Palácio do Planalto, o Partido dos Trabalhadores. A ampliação da representação de gênero se deu entre os partidos de esquerda, como releva matéria publicada no portal da Câmara Federal. “Nas eleições de domingo, também aumentou o número de estados (de 18 para 22) e de partidos (de sete para 11) que elegeram mulheres. O PT teve o maior acréscimo: de cinco deputadas, contará com 14. Almira afirma que a bancada feminina estará mais à esquerda. Além do PT, o PCdoB e o PSB também ampliaram o número de deputadas eleitas.”¹⁶

Nas Eleições 2006, não houve nenhum fator legislativo ou conjuntural que refletisse positivamente na elevação mais substantiva do total de representação das mulheres na Câmara Federal. Apresentaremos a seguir diversas informações

¹⁶ Bancada feminina na Câmara terá acréscimo de 48%. Agência Câmara de Notícias, Câmara dos Deputados, Brasília, 9 out. 2002.

em formato de tabelas estatísticas com dados extraídos de publicações produzidas no âmbito da Câmara Federal. Em função do recorte temático e dos objetivos deste trabalho, reproduzimos dados estatísticos para as eleições realizadas após a promulgação da Constituição de 1988. Os trabalhos dos autores e autoras que nos serviram de referências para as discussões e demonstrações que faremos foram: Eneida Martins (2007); Vogel (2019); Backes, Vogel e Costa (2019). A tabela 1 apresenta o número absoluto de mulheres eleitas para à Câmara Federal no período de 1990- 2006 e a tabela 2 o percentual total de candidaturas de mulheres para à Câmara Federal.

Tabela 1 – Número x Percentual de Mulheres Eleitas entre 1990-2006 para Câmara dos Deputados

	1990 ¹⁷		1994		1998		2002		2006	
Candidatas Eleitas	Número Eleitas	%	Número Eleitas	%	Número Eleitas	%	Número Eleitas	%	Número Eleitas	%
Deputada Federal	29	5,76	32	6,43	29	4,09	42	8,18	46	8,96

Fonte: Eneida Martins (2007)

Tabela 2 – Percentual Total de candidaturas de Mulheres para a Câmara Federal 1990-2006

Eleição	Nº total de Candidaturas	andidaturas Mulheres	% Candidaturas em termos absolutos
1990	3.827	229	5,98
1994	3.008	185	6,15
1998	3.417	353	10,3

¹⁷ Para a 49ª Legislatura (1991-1995), a composição da Câmara dos Deputados passou de 495 para 503 parlamentares, em função da transformação dos antigos territórios federais do Amapá e de Roraima em Estados, garantindo-lhes oito cadeiras. Posteriormente, a Lei Complementar 78/93 aumentou a representação de São Paulo de 60 para 70 cadeiras. Totalizando assim os atuais 513 assentos da Câmara Federal.

2002	4.289	490	11,4
2006	4961	630	12,7

Fonte: Eneida Martins (2007)

5.2 Os Impactos das mudanças da Legislação Político-Eleitoral sobre a representação de Gênero na 56^a Legislatura da Câmara Federal 2019-2022

Antes de discutirmos propriamente os impactos das alterações da legislação infraconstitucional sobre os resultados eleitorais de 2018 e da ampliação da representação feminina, farei rapidamente menção à Lei 12.034/2009. Conforme Vogel (2019, p.41), a legislação supracitada introduziu três alterações na política de ação afirmativa relativa às candidaturas de mulheres. A primeira delas, a substituição da expressão “deverá reservar” por “preencherá”, na redação do § 3º do art. 10 da Lei 9.504/97, que estabelece o percentual mínimo para o registro dos candidatos de cada gênero.

A segunda estabeleceu percentual mínimo de 5% do total de recursos recebidos do Fundo Partidário para a destinação, criação e manutenção de programas para incentivo à participação política das mulheres. E terceiro, a reserva de mínimo de 10% do tempo de propaganda partidária gratuita de rádio e TV para também promoção e difusão da participação feminina. Essa última medida foi prejudicada, em razão das alterações da legislação de 2017 que, entre outras coisas, extinguiu a propaganda obrigatória para os partidos nos veículos de comunicação de massa gratuitos. A tabela 3 já demonstra o impacto da efetividade da Lei 12.034/2009 para o cumprimento da cota de candidaturas de gênero nas Eleições 2010, 2014 e 2018.

**Tabela 3 – Cumprimento da Cota de candidaturas de Gênero nas Eleições
2010, 2014 e 2018**

Eleição	2010		2014		2018	
	Número absoluto	Percentual do cargo	Número absoluto	Percentual do cargo	Número absoluto	Percentual do cargo
Candidatas Deputada federal	934	19,07%	1.724	29,35%	2.426	31,64%

Fonte: Backes, Vogel e Costa (2019)

Conforme dados de Eneida Martins (2007), nas Eleições de 2006, última antes da vigência da nova lei foram candidatas à Câmara Federal 630 mulheres, o que correspondia à 12,7% , mas já em 2010 esse número saltou para 934, 19, 07%; em 2014 foram 1724 candidatas, com 29,35% total; e em 2018, 2.426 candidatas e 31,64% do total. Ou seja, foram necessários 20 anos e 5 Eleições para a política de ação afirmativa de gênero, nas candidaturas à Câmara Federal serem efetivamente cumpridas. Apesar do aumento significativo de candidaturas de mulheres para à Câmara Federal, não houve aumento automático do número de eleitas. Essas alterações, como demonstrado a seguir, só se efetivará em 2018, conforme tabela 4.

As mudanças no ordenamento jurídico-político que regeram as eleições gerais de 2018 começaram a ser gestadas no ano de 2013 em razão de dois grandes eventos políticos e sociais que pressionaram por mudanças nas instituições representativas. O primeiro fator foram as chamadas manifestações sociais em 2013 realizadas durante o período da Copa das Confederações da FIFA, em sua maioria jovens urbanos, escolarizados e de classe média sem organização ou liderança de organizações da sociedade civil ocuparam as ruas das capitais e grandes cidades do país com dezenas de pautas difusas, mas muitas delas convergiam para reivindicações de melhorias a direitos sociais como saúde, educação, transporte coletivo e também pautas que pressionavam por mudança na representação política e contra a corrupção.

Outro fator que pressionou as mudanças no ordenamento jurídico-político foram as revelações de um esquema de financiamento de campanha e

enriquecimento ilícito por parte de agente públicos e privados tendo como ponto focal nomeações e contratos milionários de empresas públicas, dando origem a operação jurídico-policial conhecida como Lava-Jato. O Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, em um trecho de seu voto como Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650/DF, aborda sobre esse descontentamento de parte da população em relação à classe política do país:

De fato, não é incomum ouvir que houve um descolamento entre a classe política e a sociedade civil. Existe verdadeiramente uma crise de representatividade no país, colocando em lados opostos os cidadãos, que a cada dia se tornam mais céticos em relação aos agentes eleitos, e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em detrimento do interesse público. E tal distanciamento compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições.

Enquanto governo “do povo, pelo povo e para o povo”, a democracia não pode prescindir de uma atividade política intensa e preocupada com tutela dos valores republicanos. É preciso, assim, construir uma relação sinérgica entre os representantes do povo e a sociedade civil, resgatando, neste particular, a confiança e a credibilidade da população em geral no sistema político. (ADI nº 4.650/DF, Rel. MIN. Luiz Fux, STF, 17.09.2015)

A ADI nº 4.650/DF foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra dispositivos da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), que versavam sobre o financiamento privado de campanhas eleitorais por parte de pessoas jurídicas e fundamentando o pedido da inicial na ofensa no princípio democrático, no princípio republicano e no princípio da igualdade.

O Ministro Luiz Fux, em um trecho de seu voto como Relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650/DF, destacou que a excessiva penetração do poder econômico nas eleições pode trazer o desequilíbrio à disputa eleitoral privilegiando o candidato que tem mais relação com as grandes corporações que fazem doações à sua campanha, além do fato dessas empresas terem interesses de financiar os candidatos mais competitivos na disputa eleitoral, de forma a manter relações com o candidato que for eleito.

Ocorre que a excessiva penetração do poder econômico no

processo político compromete esse estado ideal de coisas na medida em que privilegia alguns poucos candidatos – que possuem ligações com os grandes doadores – em detrimento dos demais. Trata-se de um arranjo que desequilibra, no momento da competição eleitoral, a igualdade política entre os candidatos, repercutindo, conseqüentemente, na formação dos quadros representativos. O quadro empírico também aqui é decisivo para demonstrar o que se acaba de sustentar.

Examinando as informações acerca dos principais doadores de campanhas no país, eliminam-se quaisquer dúvidas quanto à ausência de perfil ideológico das doações por empresas privadas. Da lista com as dez empresas que mais contribuíram para as eleições gerais em 2010, a metade (cinco) realizou doações para os dois principais candidatos à Presidência e a suas respectivas agremiações.

O que se verifica, assim, é que uma mesma empresa contribui para a campanha dos principais candidatos em disputa e para mais de um partido político, razão pela qual a doação por pessoas jurídicas não pode ser concebida, ao menos em termos gerais, como um corolário da liberdade de expressão. A práxis, antes refletir as preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores que visam a estreitar suas relações com o poder público, de forma republicana ou não republicana. (ADI nº 4.650/DF, Rel. MIN. Luiz Fux, STF, 17.09.2015)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.650 foi julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrário sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95. Isso significou a retirada do financiamento privado empresarial do rol de doações às campanhas partidárias eleitorais, ou seja, a partir das eleições de 2016, os candidatos e candidatas não poderiam mais receber doações privadas de pessoas jurídicas, podendo receber apenas de pessoas físicas, nos termos e limites estabelecidos por lei.

As tabelas 4 e 5 demonstram o peso que o financiamento privado exercia sobre todas as candidaturas de ambos os gêneros até 2014. Nas Eleições para a Câmara Federal, em 2014, um total de 96,94% dos recursos utilizados pelos candidatos e candidatas tiveram origem na iniciativa privada. Já em 2018, mais de

76% dos recursos utilizados oficialmente vieram do poder público por meio dos Fundos Partidários e Eleitoral.

Tabela 4 – Comparação percentual Financiamento Público¹⁸ x Privado 2014 e 2018

Cargo	Fonte	2014	2018
Deputada Federal	Privada	96,94%	23,50%
	Público	3,06%	76,50%

Fonte: Backes, Vogel e Costa (2019)

Tabela 5 – Comparativo distribuição financiamento privado segundo Gênero nas Eleições 2014 e 2018

Cargo	Fonte	2014		2018	
		Homens	Mulheres	Homens	Mulheres
Deputado(a) Federal	Privado	97,06%	95,80%	26,63%	12,52%
	Público	2,94%	4,20%	73,37%	87,48%

Fonte: Backes, Vogel e Costa (2019)

A concentração dos recursos privados nos candidatos homens, mesmo depois do julgamento da ação 4650/DF, ainda continua bastante desigual. A proibição da doação de recursos financeiros por empresas para campanhas eleitorais atingiu, do ponto de vista das relações de gêneros, os homens. Por outro lado, as mulheres estão muito mais dependentes do financiamento público percentualmente que os homens, apesar de eles ainda angariarem a maior fatia do orçamento público destinados às campanhas.

A segunda mudança no ordenamento jurídico-político que impactou nas eleições gerais de 2018 estava expressa na chamada Minirreforma Eleitoral de 2015, intuída pela Lei nº 13.165 de 30 de setembro de 2015, que alterou a Lei nº

¹⁸ Receitas públicas de campanha envolve a soma dos valores relativos ao Fundo Partidário e Fundo Eleitoral.

9.504/1997, chamada Lei das Eleições e a Lei nº 9.096/1995, chamada Lei dos Partidos Políticos, e o Código Eleitoral - Lei nº 4.737/1965. O legislador brasileiro pretendia com as mudanças propostas na Minirreforma Eleitoral pretendia promover a redução dos custos das campanhas eleitorais, a simplificação da administração das agremiações partidárias e o incentivo à participação feminina na política, mas o que se demonstrou ao longo dos anos seguintes é que efetivamente essas mudanças na legislação eleitoral seriam capazes de surtir o efeito pretendido.

As modificações que previam simplificar a administração dos partidos políticos, de fato dificultaram a organização das instâncias municipais dos partidos beneficiando e dando mais poder às oligarquias estaduais e regionais dos partidos políticos, ou seja, partidos centrados nas organizações estaduais e regionais se beneficiaram dessas mudanças e partidos com base política nos municípios e centrados na organização descentralizada viram, ao longo dos anos, as suas instâncias municipais sangrarem com o excesso de burocracias. Quanto às mudanças que pretendiam a redução nos custos das campanhas também não foram efetivas, pois a lei proibiu o uso de alguns meios de propaganda eleitoral, como por exemplo o uso de cavaletes, diminuindo a poluição visual das campanhas, mas não atacou o ponto nerval que era o financiamento empresarial das campanhas.

No que tange à proposta da Minirreforma Eleitoral para o incentivo à participação feminina na política, as mudanças que se pretendiam inovadoras na destinação dos recursos do Fundo Partidário, na verdade eram claramente sexista e discriminatória em relação às mulheres, pois estabelecia um piso de 5% e, sobretudo, um teto de 15% para a destinação, pelos partidos políticos, dos recursos do Fundo Partidário para as campanhas eleitorais de mulheres, independentemente do percentual de candidatas. Esse critério de destinação dos recursos do Fundo Partidário para as campanhas eleitorais das candidatas estava previsto no artigo 9º da Lei 13.165/15.

Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei no 9.096, de 19 de setembro de 1995¹⁹

Até então, a Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) estabelecia, de maneira genérica, que os recursos do Fundo Partidário poderiam ser utilizados para as campanhas eleitorais, sem definir critérios de gênero para a sua distribuição. A Lei dos Partidos Políticos previa, a partir da Reforma Eleitoral de 2009 (Lei nº 12.034/2009), o percentual mínimo de 5% dos recursos do Fundo Partidário para a “criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política” (inciso V do art. 44).

A iniciativa do legislador em estabelecer o teto de 15% dos recursos do Fundo Partidário para financiamento das campanhas eleitorais das candidatas dos partidos políticos caminhava no sentido contrário ao que as modificações na Lei das Eleições, introduzidas pela Lei 12.034/2009, oito anos antes havia, estabelecido de quota mínima de 30% para gênero nas chapas para as eleições proporcionais. Além disso, a iniciativa feriu claramente o princípio constitucional da igualdade ente homens e mulheres. Essa contradição e inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 13.165/15 foram questionadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617/DF.

Assim chegamos a terceira grande mudança no ordenamento jurídico-político que impactou nas eleições de 2018, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617/DF, impetrada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em outubro de 2016, que impugnou a constitucionalidade do disposto no artigo 9º da Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, e, por arrastamento, o § 5º, o § 5º-A, o § 6º e o

¹⁹ O artigo 44, inciso V, da Lei 9.096/95, que trata da aplicação dos recursos do Fundo Partidário “na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% do total”.

§ 7º do art. 44 da Lei 9.096/95. Tais dispositivos têm o seguinte teor:

Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

(...)

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

(...)

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;

(...)

§ 5º O partido político que não cumprir o disposto no inciso V do caput deverá transferir o saldo para conta específica, sendo vedada sua aplicação para finalidade diversa, de modo que o saldo remanescente deverá ser aplicado dentro do exercício financeiro subsequente, sob pena de acréscimo de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) do valor previsto no inciso V do caput, a ser aplicado na mesma finalidade.

§ 5º-A. A critério das agremiações partidárias, os recursos a que se refere o inciso V poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido.

§ 6º No exercício financeiro em que a fundação ou instituto de pesquisa não dispender a totalidade dos recursos que lhe forem assinalados, a eventual sobra poderá ser revertida para outras atividades partidárias, conforme previstas no caput deste artigo.

§ 7º A critério da secretaria da mulher ou, inexistindo a secretaria, a critério da fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, os recursos a que se refere o inciso V do caput poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, mantidos em contas bancárias específicas, para utilização futura em campanhas eleitorais de candidatas do partido, não se aplicando, neste caso, o disposto no § 5º.

O Ministro Edson Fachin, o Relator da ADI 5617/DF, ao iniciar sua fala com a frase *“Nunca haverá paz no mundo enquanto as mulheres não ajudarem a criá-la”* (Bertha Lutz) já dava o tom de seu voto, que seria posteriormente seguindo pela

maioria dos ministros do STF, levando à procedência da ADI 5617/DF. O Relator votou pela inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais, fundamentado no direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), no pluralismo político (art. 1º, V, da CRFB), no objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, no direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB), na autonomia partidária (art. 17, § 1º, da CRFB) e no direito à igualdade sem discriminações (art. 2º, 3º, 5º e 7º da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

Com base nesses princípios, o Ministro Fachin argumentou que “as ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade”, que “é incompatível com o direito à igualdade a distribuição de recursos públicos orientados apenas pela discriminação em relação ao sexo da pessoa” e também que “a igualdade entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que as permita alcançar a igualdade de resultados”. Considerando que as ações afirmativas visam, de forma temporária, beneficiar grupos que se encontram em situação menos favorecida, de modo a “corrigir injustiças históricas que levaram à formação de minorias com menos recursos, capacidades ou bem-estar”, o teto estabelecido pelo artigo pelo artigo 9º da Lei 13.165/15 representa uma inversão da lógica que fundamenta as políticas de ação afirmativa ao produzir “mais desigualdade e menor pluralismo na definição de gênero na política – em vez de mais igualdade, como seria esperado”.

O Ministro Edson Fachin relembrou também em seu voto, o entendimento do ex- presidente da Corte Suprema, Ministro Joaquim Barbosa, em sede doutrinária, que “as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, eliminar os ‘efeitos persistentes’ da discriminação do passado, que tendem a ser perpetuar”. Esses efeitos, ainda de acordo com o Ministro Barbosa, “se revelem na chamada ‘discriminação estrutural’, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos dominados”.²⁰ Assim, ao destinar 30% das vagas das chapas eleitorais

²⁰ GOMES, Joaquim Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto. Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas.

para candidaturas do mesmo gênero (entende-se aqui candidaturas femininas) e, ao mesmo tempo, limitar em 15% a utilização dos recursos do Fundo Partidário para essas mesmas candidaturas, significa que do outro lado os homens ocupariam 70% das vagas e podendo utilizar 85% destes mesmos recursos do Fundo Partidário, a legislação viola o princípio constitucional da igualdade de sexo e gênero na política.

Nos termos da inicial da Procuradoria-Geral da República (PGR), “não se consegue vislumbrar razão sociológica, ética ou jurídica a justificar essa disparidade, que agrava a desigualdade reinante e, por isso, viola a ordem constitucional. Outra desigualdade apontada na ADI 5617/DF, foi a limitação da reserva de recursos apenas às três eleições seguintes à publicação da Lei 13.165/2015, isto porque, protege de forma insuficiente e incompatível com a finalidade constitucional os direitos políticos das mulheres, dado a impossibilidade concreta de alteração da realidade política brasileira.

De acordo com o Ministro Relator Edson Fachin: “No que tange ao prazo de três eleições fixado pela lei, deve-se ter em conta que o critério de distribuição de recursos oriundos do fundo partidário deve obedecer à composição das candidaturas e deflui diretamente da cota fixada no art. 10, § 3º, da Lei de Eleições. Assim, é inconstitucional a fixação de um prazo, porquanto a distribuição não discriminatória dos recursos deve perdurar enquanto for justificada a composição mínima das candidaturas.” (FACHIN, p. 34)

Nesse sentido, a Decisão do Plenário do STF, no dia 15 março de 2018, por maioria dos votos, estabeleceu a “equiparação do patamar mínimo de 30% de candidaturas femininas ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados”, além de definir que havendo percentual maior de candidatas nas eleições proporcionais os recursos deverão ser alocados na mesma proporção. Segue a decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para: i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”, contida no art. 9º da Lei 13.165/2015, eliminando o limite temporal até agora fixado; ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei

13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãos), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, por terem julgado parcialmente procedente a ação, e o Ministro Ricardo Lewandowski, por tê-la julgado procedente em maior extensão. Falaram: pela Procuradoria-Geral da República - PGR, o Dr. Luciano Mariz Maia, Vice-Procurador-Geral da República; pelo amicus curiae Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep, a Dra. Polianna Pereira dos Santos; e, pelo amicus curiae Cidadania Estudo Pesquisa Informação e Ação - CEPIA, a Dra. Lígia Fabris Campos. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 15.3.2018.

No que se refere à interpretação na destinação dos recursos que os partidos recebem do Fundo Partidário para as campanhas das mulheres, a Decisão do STF teve impacto na distribuição de R\$ 890,7 milhões (previsão orçamentária para 2018), valores que podem ser somados aos R\$ 819 milhões distribuídos pelo Fundo em 2017, já que não é ano eleitoral e os valores economizados pelos partidos no custeio de sua estrutura partidária puderam ser aplicados nas campanhas eleitorais de 2018. No entanto, a consequência mais importante da ADI 5617/DF foi que as alterações nos critérios distribuição de recursos públicos para as campanhas eleitorais não se restringiram às regras do Fundo Partidário, alcançando também o percentual dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), criado em 2017, e do tempo Horário Eleitoral Gratuito (HEG) para as campanhas das candidatas.

A quarta mudança no ordenamento jurídico-político que impactou nas eleições de 2018 ocorreu antes dessa Decisão do STF, já no segundo semestre de 2017, com a publicação da Lei nº 13.487/2017, que instituiu o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguiu a propaganda partidária no rádio e na televisão, e da Lei nº 13.488/2017, alterou as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de

15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revogou dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral.

Segundo dados TSE, o Fundo Especial de Financiamento de Campanha para a eleição geral de 2018 foi calculado em R\$ 1.716.209.431,00 (um bilhão, setecentos e dezesseis milhões, duzentos e nove mil e quatrocentos e trinta e um reais), disponibilizados pelo Tesouro Nacional ao TSE, em conta especial no Banco do Brasil, no dia 1º de junho de 2018. Os valores das cotas individuais de cada partido foram apurados de acordo com os critérios fixados na Lei nº 9.504/1997, art. 16-D e aprovados pelo Plenário do TSE, sendo 2% divididos igualmente entre todos os partidos com estatutos registrados no TSE; 35% divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Federal, na proporção do percentual de votos por eles obtidos na última eleição geral para a Câmara Federal; 48% divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes na Câmara Federal, consideradas as legendas dos titulares; e 15% divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as legendas dos titulares.

O legislador condicionou o repasse dos recursos do FEFC para os partidos políticos à apresentação de propostas de critérios de distribuição do referido fundo aos seus candidatos e candidatas. Tal proposta deve ser deliberada pela Comissão Executiva Nacional da agremiação partidária, mediante aprovação pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido, bem como o partido deverá promover amplamente a divulgação dos critérios de distribuição do FEFC aos seus candidatos e candidatas. A definição dos critérios de distribuição do FEFC aos candidatos do partido é uma decisão *interna corporis* das agremiações partidárias, o que não enseja uma análise de mérito do TSE quanto aos critérios fixados, à exceção do destaque da cota de gênero, fixada pela Consulta TSE nº 0600252-18, julgada em 22 de maio de 2018.

Art. 6º Os recursos do FEFC ficarão à disposição do partido político somente após a definição dos critérios para a sua distribuição, os quais devem ser aprovados pela maioria absoluta dos membros do órgão de direção executiva nacional do partido (Lei nº 9.504/1997, art. 16-C, § 7º).

Assim chegamos à última e grande mudança no ordenamento jurídico-político que impactou nas eleições de 2018, a Consulta ao TSE nº 0600252-18, elaborada por um grupo de 14 parlamentares (8 Senadoras e 6 Deputadas), que buscava esclarecer se a regra dos 30% dos recursos do Fundo Partidário para as campanhas das candidatas, estabelecida pela resposta afirmativa à ADI 5.617, também não se aplicaria à distribuição do FEFC e do tempo do HEG (blocos e inserções). Respondendo afirmativamente, em 22/5/2018, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu que cada partido deveria destinar 30% dos recursos recebidos do FFCE e do tempo do HEG para as campanhas das candidatas, segundo a redação do §1º do art. 6º da Resolução (TSE) nº 23.568, de 24/5/2018.

De fato, o que explica efetivamente a ampliação expressiva no total de representação de mulheres na Câmara Federal em 2018 com crescimento de 50,98% em relação à 2014, atingindo um total de 77 mulheres eleitas para à Câmara Federal, contra 51 em 2014. Houve também uma ampla variação no total de votos recebido pelas candidatas não apenas para à Câmara Federal, mas também nas Assembleias estaduais/distritais. Em 2014, as candidatas à deputada federal receberam 8.547.271 milhões de votos, contra 14.794.290 milhões de votos em 2018, com variação positiva de 73,09%. Nos respectivos legislativos estaduais, o salto foi de 10.476.654 milhões de votos, em 2014, para 16.799.370 milhões de votos, em 2018, ou aumento de 60,35%.

Essas ações em conjunto tiveram impacto positivo em dois aspectos centrais para mensurar o sucesso dessas medidas: o aumento do expressivo no quantitativo de sufrágios recebidas por candidatas aos legislativos estaduais e federal, além do aumento também significativo do percentual de receitas financeiras recebidas por elas. Havendo, portanto, uma clara e óbvia vinculação entre financiamento e número de mulheres eleitas para à Câmara Federal. As tabelas 6 e 7 demonstram os impactos em termos de vagas e votos obtidos pelas mulheres após as mudanças aqui explicitadas.

Tabela 6 - Número de Eleitas X Percentual x Variação 2014-2018

Eleição	2010		2014		2018		Variação % entre 2014-2018
	Número Eleitas	% sobre o Total	Número Eleitas	% sobre o Total	Número Eleitas	% sobre o Total	
Candidatas a45 deputada federal		8,77%	51	9,94%	77	15,01	50,98%

Fonte: Backes, Vogel e Costa (2019)

Tabela 7 – Comparativo total de votos candidatas Câmara Federal 2014 e 2018

	2014	2018	Variação %
Deputada Estadual/distrital	10.476.654	16.799.370	60,35%
Deputada Federal	8.547.271	14.794.290	73,09%

Fonte: Backes, Vogel e Costa (2019)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A longa discussão expositiva que realizamos neste trabalho de conclusão de curso, parte do princípio que, a análise sobre as atuais desigualdades e assimetrias na representação política das mulheres nos espaços de poder, devem ser construídas levando em consideração o conjunto da dualidade história e cultura machista e patriarcal, plenamente arraigados em nossa sociedade. Por isso, revisitar a história das relações de gênero dentro da cultura ocidental europeia e os processos de luta e resistência das mulheres no Brasil, nos fez perceber que a edificação dessas assimetrias possui sólidos e duradouros fundamentos. Esses fundamentos perpassam o conjunto da historiografia oficial ocidental entre a Antiguidade e a Contemporaneidade, em diversos campos de saber e cultura, religião, tradição jurídica, na filosofia, na ciência e na política, seriam talvez seus

principais espaços.

Da tradição filosófica diferentemente de seu mestre Platão, a posição de Aristóteles é conservadora porque transforma diferenças biológicas e sociais em desigualdades naturais. É conservadora também porque faz da mulher um ser (em sentido ontológico) de segunda categoria. Do ponto de vista da tradição jurídica, o Direito Romano consolidou a crença do matrimônio como a união entre o feminino e o masculino, mas deu status de cidadania apenas ao masculino. A religião adicionou outro importante pressuposto, na já típica misoginia contra as mulheres: a inferioridade teológica. Por isso, as autoridades masculinas civis e religiosas deveriam controlar, governar e punir as mulheres por sua natureza, já que foram identificadas como a causa da entrada do pecado, da morte, do sofrimento e do trabalho no mundo.

Mesmo os períodos luminosos e revolucionários em que supostamente todos e todas serão iguais e livres, nos faz lembrar o quanto as relações entre gêneros são e permanecem desiguais. A Revolução Francesa, mulheres que desempenharam papéis fundamentais para o processo revolucionário, como Olympe de Gouges (1748-1793), não poderiam ter suas contribuições lembradas. Mas isso não as impediria de ocupar as galerias, manifestar e resistir por meio de aplausos, gritos, vaias e pressionar aqueles que se arrogam o direito a falar em nome de todos. E se há uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que seu universalismo excluía notoriamente as mulheres, por que não redigir uma que lembrasse que também as mulheres são parte essencial do gênero humano?

As lutas políticas e sociais das mulheres são antes de tudo lutas pelo direito à ocupação plena do espaço público, como o direito ao trabalho, a educação, ao voto; e pela liberdade sobre seus corpos. Gênero, como afirmam Connell e Pearse (2015), o Gênero é estrutura social multidimensional, porque diz respeito à processos relacionais que limitam e condicionam as oportunidades e as vidas das mulheres em quatro dimensões estruturais fundamentais: poder, produção, catexia e simbolismo. E que a representação política, como nos lembra Pitikin (2006), pode seguir quatro modelos, formalista, descritiva, simbólica e substantiva. Mas só a representação substantiva, aquela pública entre representantes e representados interessa para as lutas por igualdade nos espaços de poder.

A análise que fizemos sobre o Brasil e as desigualdades e assimetrias de representação das mulheres na Câmara Federal demonstrou que, além dos fatores culturais e históricos já destacados, outros fatores incidem diretamente sobre as causas da baixa representatividade de gênero no Parlamento. Dentre esses fatores, destacamos o regime político, quanto maior o grau de liberdade de opinião e de expressão política, mais favorável para a participação política das mulheres. Por isso, mesmo baixo o número total de mulheres eleitas para a Câmara Federal, na primeira eleição livre para o Legislativo em 1990, 29 mulheres foram de um total à época de 503 vagas, ele é muito superior ao que foi visto em qualquer período de restrição e liberdades na História do país, como durante a Era Vargas e posteriormente com a ditadura militar.

Assim como já relatado durante a exposição das relações de gênero na Europa e a proximidade dos emergentes movimentos feministas com os partidos e associações de esquerda, o Brasil de alguma forma também confirmou essa tese. Em 2002, ano da primeira vitória do Partido dos Trabalhadores para o Executivo Federal, o total de mulheres eleitas para a Câmara Federal saltou de 29 para 42. Só os partidos de esquerda elegeram metade desse contingente.

As pressões da sociedade sobre as ações dos Poderes Legislativo e Judiciário em favor da diminuição das desigualdades de representação política no Brasil, foram respondidas com novas legislações, acórdãos, resoluções e interpretações sobre o ordenamento jurídico-político brasileiro. Ação do Legislador brasileiro para enfrentar as desigualdades de gênero e representação foi consagrada na instituição de Política de Cotas de Gênero já em 1996, depois estendida aos legislativos regionais e nacional por meio da aprovação das Lei dos Partidos 9.096/95, Lei das Eleições 9.504/97, e nas mudanças e ajustes, com as Leis 12.034/2009, 13.165/2015, 13.487/2017 e 13.488/2017. Já ação do Judiciário se deu em três momentos: no julgamento da ADI 4650/DF, da ADI 5617/DF e na Consulta Pública nº 0600252- 18.2018.6.00.0000. Assim como diversas autoras e autores aqui citados, em nosso entendimento, apesar de alguns avanços legais e da ampliação da representação de gênero, com a eleição de 77 mulheres em 2018 para a Câmara Federal, ainda estamos muito distantes de mudar efetivamente o quadro de grandes e graves assimetrias representativas entre homens e mulheres

no Legislativo brasileiro. Essas distorções são consequências de uma correlação de forças bastante desigual (mais *intra corporis* do Parlamento brasileiro ainda tomado por homens brancos de média idade). Mas, cada vez mais ideias e bandeiras contrárias à cultura machista e patriarcal ganham adesões, militância e organização política, como a histórica Marcha que reuniu milhões de mulheres nas médias e grandes cidades entorno do lema “ELE NÃO”, realizado uma semana antes do primeiro turno das Eleições de 2018.

Também são causas dessas assimetrias na representação e acesso das mulheres ao Legislativo brasileiro, a perversa combinação do ordenamento jurídico-político que articulava sistema proporcional com lista aberta e financiamento privado de campanha, mas com reserva de vagas sem obrigatoriedade ou coação legal para os partidos e coligações que não cumprissem o dispositivo. Dessas distorções duas foram objetos de ação: a primeira, o aumento do rigor e seriedade no cumprimento das cotas de candidaturas a partir de modificações legislativas no ordenamento político-eleitoral. Certamente por isso, a cota de candidaturas de gênero de 30% só foi oficialmente atingida em 2018 após cinco eleições nacionais, desde o início de sua vigência. A segunda, o fim do financiamento empresarial de campanhas (que favorecia plenamente os homens), e a destinação de 30% das receitas do Fundo Especial de Financiamento Eleitoral para as mulheres. Essa medida é o início da correção de uma das grandes causas de distorção da representação de gênero.

Mas há outras que ainda não foram enfrentadas, como a combinação perversa entre sistema de representação proporcional com lista abertas. Precisamos efetivamente de uma reforma que institua amplie a política de ação afirmativa não para o preenchimento de vagas nos partidos e coligações, mas para ocupar vagas dos partidos e coligações nos espaços conquistados para a representação na Câmara Federal, com alternância de gêneros nas listas. Os países na América Latina que apresentam parlamentos com maiores proporções de representatividade entre os gêneros, conforme estudo conjunto das Secretarias de Mulheres da Câmara e do Senado Federal (2015), todos eles apresentam em comum política de cotas com alternância de gênero para os parlamentos.

Na Argentina, a política de reserva de vagas para mulheres encontra-se

prevista na Constituição. As listas eleitorais partidárias são fechadas e têm obrigatoriedade de contar o mínimo de 30% de mulheres entre as candidaturas. No Equador, a política de cotas para as mulheres encontra-se prevista na Constituição. A lista de candidaturas para o legislativo é fechada e com alternância entre homens e mulheres. A Bolívia tem sistema representativo bicameral, adoção de sistema misto, lista fechada e alternância entre homens e mulheres. Caso uma lista eleitoral possua total de candidaturas ímpares, a preferência é dada para a mulher. As cotas valem para todos nas eleições nacionais e regionais. Na Câmara Federal, o percentual de representação das mulheres é de 53%; no Senado é de 47%. Na Costa Rica, as listas são fechadas, com alternância de gênero, não podendo ser incluído na listagem de candidaturas dois indivíduos seguintes do mesmo gênero. Já os que possuem menor proporção de representatividade política nos Legislativos parecem seguir o mau exemplo do Brasil. No Chile, não existe cotas legislativas, mesmo havendo voluntariamente cotas de candidaturas em alguns partidos, a representação é de 16%.

No fundo o que procuramos fazer neste trabalho de conclusão foi mais do que discutir e analisar as atuais desigualdades e assimetrias na representação das mulheres no Legislativo Federal brasileiro, e os impactos que o atual ordenamento jurídico-político tem sobre ele. Tentamos aqui assumir a provocação de recontar a uma parte da história do Brasil a partir do olhar da resistência e da ação de diversas heroínas para transformar esse país num espaço mais justo, fraterno e igualitário.

E se a História desse país pode ser narrada pelo olhar de homens brancos, por que não contarmos a partir da ação revolucionária e muitas vezes solidária das Dandara, Maria Quitéria de Medeiros, Nísia Floresta, Inês Sabino, Bárbara de Alencar, as sufragistas Maria Augusta Meira de Vasconcelos, Isabel de Sousa Matos, Isabel Dillon, Myrthes de Campos, primeira advogada da OAB, Leolinda Daltro, fundadora do primeiro partido que incorporou mulheres, o Partido Republicano Feminino; de Bertha Lutz, bióloga e servidora pública; de Celina Guimarães Viana, a primeira a usufruir do sonho e do direito de poder votar em 1927 RN; da nossa primeira deputada federal eleita, a médica paulista Carlota Pereira de Queiróz em 1933.

Encerro este trabalho lembrando de alguns trechos do Samba-Enredo vencedor do Carnaval carioca, em 2019, da Estação Primeira de Mangueira, “História pra Ninar Gente Grande”:

Brasil, meu nego Deixa eu te contar
A história que a história não conta O avesso do mesmo lugar
Na luta é que a gente se encontra Tem sangue retinto pisado
Atrás do herói emoldurado Mulheres, tamoios, mulatos
Eu quero um país que não está no retrato Brasil, o teu nome é
Dandara
E a tua cara é de Cariri Não veio do céu
Nem das mãos de Isabel Brasil, chegou a vez
De ouvir as Marias, Mahins, Marielles, Malês

REFERÊNCIAS

BACKES, Ana Luiza; VOGEL, Luiz Henrique; AFONSO COSTA, João Carlos; CHEVITARESE ALVES, Marcus Vinícius. **Breve análise dos dados sobre candidaturas de Mulheres nas Eleições de 2018**. Brasília: Câmara dos Deputados, abr, 2019.

BRASIL. **Código Eleitoral - Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Faço saber que sanciono a seguinte lei, aprovada pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 4º, caput, do Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Diário Oficial da União, Brasília, 19, jul 1965. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>

BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.096 de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm

BRASIL. Lei nº 9.100 de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 de outubro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de Setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de setembro de 1997. Disponível em:

<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 de setembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm

BRASIL. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de setembro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650/DF. Direito Constitucional e Eleitoral. Modelo Normativo Vigente de Financiamento de Campanhas Eleitorais. Lei das Eleições, Arts. 23, §1º, Incisos I E II, 24 E 81, Caput E § 1º. Lei Orgânica dos partidos políticos, arts. 31, 38, inciso iii, e 39, caput e §5º. Critérios de doações para pessoas jurídicas e naturais e para o uso de recursos próprios pelos candidatos. Preliminares. Impossibilidade jurídica do pedido. Rejeição. Pedidos de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (itens e.1.e e.2). Sentença de perfil aditivo (item e.5). Técnica de decisão amplamente utilizada por cortes constitucionais. Relator: Ministro Luiz Fux, 17 set 2015. Brasília: STF. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>

BRASIL. **Lei nº 13.487, de 6 de outubro de 2017**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, e 9.096, de 19 de setembro de 1995, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 de out, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13487.htm

BRASIL. **Lei nº 13.488, de 6 de outubro de 2017**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), e revoga dispositivos da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (Minirreforma Eleitoral de 2015), com o fim de promover reforma no ordenamento político-eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 de out, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13488.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5617**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional e Eleitoral. Art. 9º Da Lei 13.165/2015. Fixação de Piso (5%) e de Teto (15%) do Montante do Fundo

Partidário Destinado ao Financiamento das Campanhas Eleitorais para a Aplicação nas Campanhas de Candidatas. Preliminar de Impossibilidade Jurídica do Pedido. Rejeição. Inconstitucionalidade. Ofensa à Igualdade e à Não- Discriminação. Procedência da Ação. Relator: Ministro Edson Fachin, 15 mar 2018. STF, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luís Felipe. **Práticas de gênero e carreiras políticas: vertentes explicativas.** **Estudos Feministas**, Florianópolis, 18(3): 336, setembro-dezembro/2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 32.ed. São Paulo: Paulo Bonavides – Malheiros Editores Ltda. 2017.1

CASAGRANDE, Carla. **La mujer custodiada** .in DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **Historia de las mujeres II.** La Edad Media. Traducion Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, vol 1, 1992, p.84-121.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à Filosofia:** dos Pré-socráticos à Aristóteles. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CONGRESSO NACIONAL. **Mais Mulheres na Política.** Brasília: Senado Federal abr 2015.

CRAMPE-CASNABET, Michèle. **A mulher no pensamento filosófico do século XVIII.** Tradução de Maria Carvalho Torres. **In:** DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **História das Mulheres no Ocidente: do Renascimento à Idade Moderna.** Tradução: Alda Maria Durães et. al. Porto: Edições Afrontamento; São Paulo: Ebradil. Vol 3, 1994, p. 369-407.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero uma perspectiva Global:** compreendendo o Gênero – da esfera pessoal à Política – no Mundo. Tradução Marília Moschkovich. 3 ed. São Paulo: nVersos, 2015.

DALARUN, Jacques. **La mujer a ojos de los clérigos.** in DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **Historia de las mujeres II.** La Edad Media. Traducion Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, vol 1, 1992, p.24-52.

DAVIS, Natalie Zemon. **A Mulher na Política.** Traduzido por João Barrote. **In:** DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **História das Mulheres no Ocidente: do Renascimento à Idade Moderna.** Tradução: Alda Maria Durães et. al. Porto: Edições Afrontamento; São Paulo: Ebradil. Vol 3, 1994, p. 228-249.

DEL PRIORE, Mary; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs). **História das Mulheres no Brasil.** 10.ed. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos Impérios 1875-1914**. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 20ªed. Rio de Janeiro, São Paulo: Paz e Terra, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações Contemporâneas da Representação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, nº 1. pp. 63-93, jan-jun. 2009.

LORAUX, Nicole. Qué es una diosa? In. DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **Historia de las mujeres I**. La Antigüedad. Traducion Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, vol 1, 1993. p. 25-62.

MARTINS, Eneida Valarini. **A Política de Cotas e a Representação Feminina na Câmara dos Deputados**. 2007. Monografia. (Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo) Programa de Pós-Graduação do CEFOR - Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, 2007.

OLYMPE DE GOUGES. **Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã 1791**. Comissão de Direitos Humanos da USP: São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>. Acessado em: 03 05 2020.

PINSKY, Carla Bassanezi; MARIA PEDRO, Joana (Orgs). **Nova História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2013.

PITKIN, Hanna F. “Palavras, Instituições e Ideias”. Tradução Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. **Revista Lua Nova**, São Paulo, nº. 67, p. 15-47, 2006.

SCHMIDT, Joessane de Freitas. As Mulheres na Revolução Francesa. **Revista Thema**, Pelotas (RS), v. 09, nº 2, p. 1-19, 2012.

SISSA, Giulia. **Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual**. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **Historia de las mujeres I**. La Antigüedad. Traducion Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, vol 1 (1993), 2018.p. 63-101.

SONNET, Martine. **Uma filha para educar**. Tradução de Maria Carvalho Torres. *In*: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **História das Mulheres no Ocidente: do Renascimento à Idade Moderna**. Tradução: Alda Maria Durães et. al. Porto: Edições Afrontamento; São Paulo: Ebradil. Vol 3, 1994, p. 141-179.

THÉBAUD, Françoise. **Introdução**. *In*. DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs).

História das Mulheres no Ocidente: o século XX. Tradução: Maria Helena da Cruz Coelho et al. Porto: Edições Afrontamento; São Paulo: Ebradil. Vol 5, 1995, p. 9-23.

THOMAS, Yan. La división de los sexos en el derecho romano. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (orgs). **Historia de las mujeres I.** La Antigüedad. Traducion Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, vol 1, 1993,p.103- 164

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Código Eleitoral.** Getúlio Vargas, em 6 de dezembro de 1930, pelo Decreto nº 19.459, designou uma subcomissão legislativa para estudar e propor a reforma da lei e processos eleitorais. Brasília, Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em:
<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/codigo-eleitoral>

VOGEL, Luiz Henrique. **A histórica sub-representação das mulheres na Câmara dos Deputados:** desigualdades e hierarquias sociais nas eleições de 2014. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2019.

**Clique para voltar
ao Sumário**



A (IN)EFETIVIDADE DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS SOB A ÓTICA DA TUTELA PENAL DOS ANIMAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO RESP. 1.797.175/SP

Andressa Layze Severiano Valadares (Orientador: Prof. Me. Carlos Frederico Maroja de Medeiros)

RESUMO: O presente estudo tem como escopo a análise do precedente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp. 1.797.175/SP em que tratou sobre a guarda de um papagaio que vivia há mais de 23 anos em cativeiro com a pessoa que o detinha na sua residência de forma ilegal. Ademais, tem como principal objetivo analisar se o artigo 25, §1º, da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) tem aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a jurisprudência faz dessa lei praticamente “lei morta” quando se trata de apreensão de aves silvestres aprisionadas por particulares.

Palavras-chave: Direito Animal. Fauna Silvestre. Lei de Crimes Ambientais. Crimes contra a fauna.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the precedent of the Superior Court of Justice of Brazil in REsp. 1,797,175 / SP in which he dealt with the custody of a parrot that had lived in captivity for more than 23 years with the person who held him illegally in his residence. Furthermore, its main objective is to analyze whether Article 25, § 1, of Law 9.605 / 1998 (Environmental Crimes Law) has applicability in our legal system, considering that the jurisprudence makes this law practically “dead law” when it comes to it deals with the apprehension of wild birds imprisoned by private individuals.

Keywords: Animal Law. Wild fauna. Environmental Crimes Law. Crimes against fauna.

INTRODUÇÃO

Atualmente tem surgido uma grande preocupação acerca da proteção ambiental e da proteção dos animais, fazendo com que várias questões sejam levadas ao Judiciário para que seja encontrado um meio para resolve-las.

Assim, o presente artigo tem como escopo a análise do precedente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp. 1.797.175/SP em que tratou sobre a guarda de um papagaio que vivia há mais de 23 anos em cativeiro doméstico sob a guarda da pessoa que o detinha de forma ilegal.

O referido precedente de relatoria do Ministro Og Fernandes, foi considerado um avanço nos direitos animais devido ter reconhecido o direito e a dignidade aos animais não humanos e à Natureza, pois foi a primeira vez em nosso ordenamento em que se reconheceu de forma expressa tais direitos, entretanto apesar de sua aparência biocêntrica, entende-se que tal decisão trouxe uma visão antropocêntrica, conforme será analisado neste trabalho.

Desse modo, será feita uma análise da Constituição Federal Brasileira de 1988 e a sua proteção à Natureza com base nas Constituições do Equador e da Bolívia, tendo em vista que essas foram vanguardistas, pois trouxeram uma nova percepção acerca dos direitos da natureza.

Ademais, será analisado se a proteção ao meio ambiente prevista no art. 225, *caput*, da CF/88, é realizada considerando o valor intrínseco da Natureza, devendo ser protegida independente dos interesses humanos, ou se essa proteção é feita apenas considerando o homem e as suas necessidades.

Em relação ao nosso ordenamento jurídico cabe questionar se ainda carregamos uma visão especista quando se trata da tutela dos animais e se há um viés antropocêntrico em nossa Carta Maior, apesar dessa ser a primeira em nosso ordenamento ao tratar de direitos ambientais e prever a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo importante levar em consideração as correntes entendidas como biocêntrica e ecocêntrica e qual ética deve prevalecer.

Além do mais, quanto ao precedente ora discutido, será realizado uma abordagem da decisão do Ministro relator Og Fernandes em relação a guarda do papagaio através dos estudos da criminologia verde, em que considera o animal como vítima, diferente do Direito Penal antropocêntrico que considera o animal como objeto material do delito, e que entende diversos comportamentos como o caso em questão de manter animal silvestre em cativeiro doméstico, como abuso animal.

Ainda, tem como objetivo a análise do artigo 25, §1º da Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) e a sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a jurisprudência faz dessa lei praticamente “lei morta” quando se trata da apreensão de aves silvestres aprisionadas por particulares, sob a justificativa que o animal vive há vários anos com o carcereiro, e esse perdeu os

hábitos de um animal silvestre e diante disso a guarda do animal é entregue a pessoa que o detém de forma ilegal, o que dificulta o combate ao tráfico ilícito de animais silvestres.

A pesquisa foi realizada de forma qualitativa, utilizando artigos científicos, doutrinas, legislações e jurisprudências referentes ao tema analisado. Foi utilizado o método hipotético-dedutivo.

Por fim, pretende-se com a presente pesquisa contribuir com o rompimento do antropocentrismo em nosso ordenamento jurídico, devendo haver uma maior atenção aos direitos animais, considerando a frágil tutela voltada a esses seres e a escassa discussão sobre essa problemática, e em especial a tutela jurídica da fauna silvestre, sendo essa o principal foco quando se trata do tráfico de animais silvestres.

1 ANTROPOCENTRISMO, BIOCENETRISMO E ECOCENTRISMO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E DAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

Sabe-se que o nosso ordenamento jurídico traz consigo uma concepção antropocêntrica, sendo adotado no Brasil a concepção do antropocentrismo mitigado, em que se tem a tutela ambiental, mas em razão dos interesses dos seres humanos. Desse modo, cabe trazer os conceitos e as diferenças entre o antropocentrismo, o biocentrismo e o ecocentrismo.

O antropocentrismo consiste na visão de situar o ser humano como o centro da preocupação jurídica, o considerando como a única espécie sujeita de direitos, e somente os interesses destes são considerados. Visa sempre em primeiro momento o ser humano como sujeito de direitos plenos, comportamento este trazido em nosso ordenamento jurídico, pois os direitos dos animais e do meio ambiente sempre ficam em segundo plano, deixando assim, os animais e a Natureza fora da nossa esfera de consideração moral.

O antropocentrismo foi a primeira corrente de pensamento ambientalista, e teve como marco central a obra do filósofo francês René Descartes, que via os animais, em particular, como simples máquinas destituídas de qualquer valor

intrínseco. Outro inspirador desta corrente foi Kant, que entendia “o homem como um fim em si mesmo” e tinha a dignidade como atributo exclusivo dos seres humanos, devido ao fato de que estes são dotados de racionalidade, o que os aloca em situação privilegiada em relação aos demais seres vivos.

Ademais, Descartes, tinha a natureza e os animais, em particular, como simples máquinas, destituídas de qualquer valor intrínseco.

Zaffaroni em sua obra “La Pachamama y el humano”, afirma que:

Poco importa si Descartes, extraía o no estas conclusiones; lo importante es que son las que se derivan de su exabrupto de considerar a los animales como máquinas, o sea, de considerar todo lo no humano como materia ser dominada por la razón, por el humano como único poseedor de ésta. A ésta lógica no escapó tampoco Kant al limitar la ética a los humanos, ni tampoco en el siglo XX Heidegger, al asignar a todo humano un wofür, un para qué que, en definitiva acababa en un para el humano. ¿Quién le dijo a Heidegger que todo lo no humano es para el humano? Lo deduce de que el humano es el único que puede assignar el wofür a los otros entes. Por ende, como es el único que puede decidir los para qué de todo lo no humano, se los asigna todos para sí. Esta conclusión podría graficarse con la humanidad representada por Chaplin jugando con el globo terráqueo en El Gran Dictador. (ZAFFARONI, Eugênio Raul, 2011, p. 98).

Nessa linha de raciocínio:

Descartes “coloca o indivíduo como o centro de partida da sua edificação teórico-filosófica, ou seja, é a concepção antropocêntrica-humanista, sem dúvida fundamental para a evolução do pensamento filosófico à época, inclusive na perspectiva da afirmação de direitos individuais, que conduz à dicotomia no trato com a Natureza, e mesmo no que diz com a própria “desnaturalização” do ser humano. A natureza era tida como algo estranho ao ser humano e, portanto, não integrava o círculo moral de matriz humanista do pensamento cartesiano”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 120).

Assim, Descartes defendia que os animais eram diferentes dos homens, pois não possuíam alma, os comparando com simples máquinas, não possuindo assim nenhuma razão, pensamento esse que abriu caminho para a separação entre o ser humano e a natureza, sendo que tal concepção é enfrentada até os dias atuais, em

que tenta-se mudar tais pensamentos antropocêntricos em que coloca sempre o homem como centro do todo.

Porém, até hoje o nosso ordenamento jurídico ainda carrega um viés antropocêntrico, que inspira, por exemplo, a qualificação civilística dos animais como "semoventes", ou seja, coisas que se movem por conta própria, o que ecoa a vetusta sugestão cartesiana sobre os "autômatos". Não obstante, dado que os conhecimentos científicos atuais provam a presença de sistema nervoso nos animais, o que comprova que são sencientes, a qualificação dos animais como autômatos afigura-se francamente superada.

De outro modo, a concepção biocêntrica apresenta a ideia da vida como centro da abordagem ambientalista. Sob tal concepção, a vida a ser juridicamente tutelada não é só dos seres humanos, mas também dos demais seres vivos que integram a natureza. Por conseguinte, a Natureza adquire *status* de sujeito de direitos. Aliás, diversamente da concepção antropocêntrica, que aparta o ser humano do "meio ambiente" (termo que denota entorno, ou seja, o ambiente ao redor do sujeito humano), os adeptos do biocentrismo preferem trabalhar com a concepção da Natureza, dentro da qual insere-se também o ser humano. A Natureza é vista como um fim em si mesmo, e não apenas como fonte de recursos econômicos à disposição dos seres humanos.

(...) Na mesma trilha ética proposta algumas décadas antes por Aldo Leopold com sua "Ética da Terra" (*Land Ethic*), Naess propunha uma nova abordagem ética para a questão ecológica, com o intuito de integrar a Natureza (ou os elementos naturais individualmente) na mesma "comunidade moral" construída pelo ser humano. Tal compreensão edificava-se a partir de um paradigma filosófico ecocêntrico ou biocêntrico, onde Naess propõe o reconhecimento de um "valor intrínseco" para além da esfera humana, ou seja, para todas as formas de vida que habitam a terra, bem como que o valor das formas de vida não humanas independe da sua utilidade para os propósitos humanos. A "Ecologia Profunda" rompe de forma contundente com o antropocentrismo clássico e a visão instrumental da Natureza. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 126 e ss).

Por fim, o ecocentrismo parte da concepção da proteção ao meio ambiente

independente dos interesses humanos, da mesma forma da concepção biocêntrica que entende a natureza como sujeito de direitos, prevendo a garantia e o respeito a esses direitos, tendo seus valores centrados na natureza, sendo essa, fonte de toda à vida. As Constituições do Equador e da Bolívia adotam tal concepção.

Ecocentrismo, ao revés, posiciona o meio ambiente no centro do universo. (SIRVINSKAS, 2019, p. 95).

Assim, partindo desta premissa, cabe trazer ao presente estudo a concepção adotada em nosso ordenamento jurídico, ou seja, na Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1988 prevê a proteção ao Meio Ambiente equilibrado, porém subtende-se que tal proteção visa primeiramente o interesse dos seres humanos, consoante o disposto no art. 225, *caput*, da CF/88.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988, apesar de prever uma proteção ao meio ambiente, ainda traz uma visão antropocêntrica, mas de uma forma menos radical que o antropocentrismo cartesiano ou clássico, sendo considerado “antropocentrismo mitigado” ou mesmo “relativo” ou “alargado”, pois não reconhece a Natureza como sujeito de direitos, mas a protege com o objetivo de garantir equilíbrio e qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Assim, conforme o entendimento doutrinário:

Não há hoje edificação jurídica – teórica e normativa – para romper com a tradição antropocêntrica, sendo, na nossa ótica, a superação do “antropocentrismo clássico” no sentido da conciliação dos valores humanos e ecológicos, de modo a proporcionar a sua integração e, ao mesmo tempo, reconhecer a interdependência que lhes é inerente, o caminho mais ajustado ao atual regime jurídico (nacional, comparado e internacional) de que dispomos (...)”. Ainda, “por mais que a perspectiva filosófica biocêntrica – em oposição ao antropocentrismo – seja defendida com entusiasmo no discurso ambientalista (jurídico e não jurídico), tal entendimento não reflete as construções jurídicas e respectivos mecanismos normativos dos quais dispomos hoje para promover a tutela e promoção do ambiente. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 144 e ss).

Desse modo, deve-se efetivar os direitos fundamentais, direitos esses considerados como de terceira dimensão, partindo da dimensão ecológica para além da fronteira humana, fazendo com que a proteção ao meio ambiente seja

independente de interesses ligados ao intercâmbio jurídico humano, fato esse que faz com que a nossa Constituição esteja muito atrasada em comparação às Constituições modernas.

Ademais, é imperioso destacar a Constituição Equatoriana de 2008 e a Lei Boliviana sobre os Direitos da “Madre Terra” de 2010 que preveem essa proteção à Natureza, independentemente de interesses humanos, sendo vanguardistas ao tratar dos Direitos da Natureza ou “Pachamama”, trazendo uma concepção puramente ecocêntrica.

Essas Constituições foram inovadoras, sendo um marco histórico para o neoconstitucionalismo latino-americano, pois trouxeram uma nova percepção acerca dos direitos da natureza, tendo em vista que traz a concepção dos seres humanos serem componentes que integram à Natureza, e não mais o centro e os únicos possuidores de direitos, ultrapassando assim a concepção tradicional antropocêntrica.

A Constituição Equatoriana de 2008 trouxe em seu capítulo sétimo os “Direitos da Pachamama”, em especial nos artigos 71 a 74. Desse modo, destaca-se o disposto no artigo 71 da referida constituição:

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 nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en 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 un ecosistema.

Ademais, cabe ressaltar que o art. 72, prevê que “La Naturaleza tiene derecho a la restauración”.

Vê-se, portanto, que os artigos 71 e 72 trouxeram expressamente o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, dando a essa uma tutela nunca vista antes em outros ordenamentos, sendo uma mudança perceptível nos paradigmas ambientais.

É imperioso ressaltar que os referidos dispositivos trazem em seu bojo a expressa menção a três direitos básicos da Natureza, sendo: existência, manutenção e regeneração, e em seguida, traz um direito contra o ser humano, qual seja: o direito desta se restaurar e se recuperar.

Desse modo, fica clara a concepção ecocêntrica adotada pela Carta Equatoriana, pois garante tutela à Natureza independentemente da vontade humana ou de suas necessidades, incumbindo, ainda, aos seres humanos o dever jurídico de protegê-la.

Ademais, a Lei Boliviana sobre os Direitos da “Madre Tierra” de 2010, Lei nº 71, de 21 de dezembro de 2010, trata especificamente de reconhecer juridicamente os direitos da “Madre Tierra”, assim como os deveres do Estado e da sociedade para assegurar o respeito a estes. (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 175).

É com a Lei sobre os Direitos da “Madre Tierra, de 2010, que o ordenamento jurídico boliviano avança de forma extremamente significativa na matéria, inclusive mediante reforço normativo posterior veiculado pela Lei Marco da “Madre Tierra” e Desenvolvimento Integral para Viver Bem (Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien). (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 176).

A referida lei traz em seu capítulo III um rol específico de direitos da natureza, em especial o artigo 7º.

Nessa linha de raciocínio, é pertinente trazer a visão de Eugênio Raul Zaffaroni ao tratar acerca da temática:

De este modo el constitucionalismo andino dio el gran salto del ambientalismo a la ecología profunda, es decir, a um verdadero ecologismo constitucional. La invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica del *sumak kawasay*, que es una expresión quechua 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 com la naturaleza. (ZAFFARONI, Eugênio Raul, 2011, p. 111).

Desse modo, fica claro que o novo constitucionalismo latino-americano vem

rompendo com o antropocentrismo tradicional, tendo em vista que o ser humano passa a integrar a natureza, sendo este visto como integrante, devendo assim, respeitá-la como sujeitos de direitos.

Contudo, diante da explanação feita acerca da integração do homem com a natureza e da perspectiva inovadora sobre os direitos da Natureza e ao reconhecimento desta como sujeito de direitos previsto nessas Constituições em que deram um passo importante em relação as questões ambientais, vê-se que nosso ordenamento jurídico ainda precisa evoluir muito quando se trata de Direitos Ambientais, superando assim, a cultura antropocêntrica enraizada não só em nossa sociedade, mas no ordenamento jurídico como um todo.

Pois, conforme apresentado no presente estudo, a Constituição Federal de 1988 prevê uma proteção à Natureza, sendo uma proteção indireta, devendo assim, ocorrer uma evolução nesse sentido, para que só assim, através desse reconhecimento da Natureza como sujeito de direitos, em que se respeita integralmente sua existência e manutenção, seja garantido um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista que esse equilíbrio ecológico é benéfico para todas as espécies, e em especial para o homem.

Assim, conclui-se que a luta para passarmos para a fase do Ecocentrismo ou ao menos próximo ao Biocentrismo, em que se valoriza toda as formas de vida, é, na verdade, uma luta contra a insensibilidade e o negacionismo humano, relacionados aos problemas ambientais cujo resultado só aparecerá nas futuras gerações, em que será possível atingir esse marco civilizatório.

2 ÉTICA AMBIENTAL FRENTE À DIGNIDADE ANIMAL

A ética ambiental frente à dignidade animal, baseia-se na consideração dos animais como seres sencientes, buscando aplicar o princípio da dignidade moral para além do humano. Dessa forma, busca-se a inclusão dos animais não humanos na comunidade moral, visando a proteção de seus direitos e da sua dignidade, para que possam vir a ter uma vida digna.

El argumento para extender el principio de igualdad más allá de nuestra propia especie es muy simple, tan simple que no abarca

mucho más que una comprensión clara de la naturaliza del principio implica que nuestra preocupación por los demás no debería depender de cómo son, de las capacidades que poseen (aunque las características de los afectados por nuestras acciones hagan variar precisamente lo que hagamos a consecuencia de esta preocupación). Tomando lo anterior como base, podemos decir que el hecho de que algunas personas no sean miembros de nuestra raza no nos da derecho a explotarlas, del mismo modo, el hecho de que algunas personas sean menos inteligentes que otras no significa que podamos hacer caso omiso de sus intereses. Sin embargo, el principio también implica que el hecho de que algunos seres no sean miembros de nuestra especie no nos da derecho a explotarlos y del mismo modo el hecho de que otros animales sean menos inteligentes que nosotros no implica que se pueda hacer caso omiso de sus intereses. (SINGER, Peter. Ética Práctica – Segunda edición, p. 70 e ss).

Sob esse prisma, é importante trazer a questão acerca do especismo, tendo em vista que esse despreza o reconhecimento da senciencia, isto é, a capacidade dos animais sentirem dor e terem sentimentos.

Considera-se especismo, termo criado por Richard Ryder, como a forma de discriminar determinada espécie, ou seja, animais que se consideram dominantes, em especial os animais humanos, subjagam os outros animais (não humanos) por considerarem esses inferiores e devido a isso entendem que não merecem ter dignidade alguma, sendo que o único propósito desses seres tidos como “inferiores”, é servir à espécie considerada dominante.

Desse modo, o especismo está para a espécie assim como o racismo está para a raça e o sexismo está para o sexo: uma discriminação injusta baseada na espécie, quase sempre a favor dos integrantes da espécie humana (*Homo Sapiens*). (MEDINA,

B. Cahiers antispécistes n°5 – O que é especismo? par David Olivier). Destaca-se que o especismo está relacionando ao antropocentrismo, conceito esse anteriormente abordado.

Nesse diapasão, Singer (2010) traz a seguinte indagação: “Se o fato de possuir um elevado grau de inteligência não autoriza um ser humano a utilizar outro para os próprios fins, como seria possível autorizar seres humanos a explorar não humanos com o mesmo propósito?”. (SINGER, Peter. Libertação Animal, 2010, p. 11).

Ainda, tratando de ética e da igualdade para com os animais, Peter Singer

afirma:

La aplicación del principio de igualdad cuando hablamos de infligir sufrimiento resulta, al menos en teoría, bastante sencilla. El dolor y el sufrimiento son malos y deberían ser evitados o minimizados, independientemente de la raza, el sexo, o la especie del ser que sufra. (SINGER, Peter. Ética Práctica – Segunda edición, p.77).

Ademais, é importante salientar que o especismo divide-se em dois tipos: o especismo elitista e o especismo eletivo. O especismo elitista consiste basicamente na questão do homem se considerar superior as demais espécies tidas como não humanas e, tendo em vista a sua superioridade, entende que pode fazer o que bem entender com os não humanos.

De outro modo, o especismo eletivo parte da ideia de que somente algumas espécies merecem ser tratadas com dignidade e serem protegidas, enquanto outras podem ser maltratadas, torturadas e não terem dignidade alguma que não fará a menor diferença. Digamos que matar um cachorro para alimentar-se é algo inaceitável em nossa cultura, enquanto matar uma vaca ou uma galinha para o almoço é algo considerado “normal”. Assim, o especismo eletivo vai proteger apenas aqueles que o homem tem predileção, ou seja, que possui algum valor afetivo ou econômico.

Nesta esteira, cabe ressaltar as obras dos autores Peter Singer e Tom Regan, pois pode-se dizer que foram os primeiros a tratar das questões relacionadas ao especismo e sobre a dignidade animal, em suas teorias acerca da libertação animal (Peter Singer) e do abolicionismo animal (Tom Regan), na tentativa de incluir os animais não humanos no plano moral e os reconhecendo como sencientes, devendo assim, ter uma vida digna.

Desse modo, apesar de terem opiniões diferentes acerca do tema, ambos consideram os animais seres sencientes, que são capazes de sentir e experimentar dores e sofrimento, e conforme a posição de Tom Regan, a dignidade animal vai além da senciência, devendo assim ser respeitada, independentemente destes seres sentirem dor ou sofrimento.

Tom Regan aborda a teoria do abolicionismo animal, que consiste na posição de que qualquer prática que viole os direitos dos animais não humanos

deve ser abolida, e assim traz a questão do direito e do valor inerente. Conceitua valor inerente como um valor que está relacionado a vida, e o sujeito dessa vida deve ter um “bem estar”. Assim, mesmo que esse sujeito de vida não tenha importância alguma, esse merece que seu “bem estar” seja garantido, e dessa forma, possa conduzir sua vida de acordo com as suas próprias necessidades, sendo o valor inerente um atributo do ser.

Outrossim, conforme ensina Levai:

(...) todos esses seres sujeitos de uma vida possuem valor inerente e em consequência disso, são possuidores de direitos, sendo os animais portanto, sujeitos de direitos e que merecem ter uma vida digna como todo e qualquer outro ser sujeito de uma vida. Assim “a piedade aos animais, independe de sua condição e do destino a eles imposto pela vontade dos homens, constitui uma virtude ética que, desafinando a opressão e a violência, deve nortear a busca do ideal de justiça” (LEVAI, Laerte Fernando, OS ANIMAIS SOB A VISÃO DA ÉTICA, p. 12).

No entanto, apesar de ter uma visão utilitarista, Peter Singer também entende que os animais não humanos têm direitos e esses direitos devem ser respeitados, e isso independe de sua espécie. Assim, segue as palavras de Singer:

Uma das implicações desse princípio de igualdade é que nosso interesse pelos outros e nossa prontidão em considerar seus interesses não devem depender da aparência ou das capacidades que possam ter. O que nossa preocupação ou consideração exige que façamos pode variar de acordo com as características daqueles que são afetados com aquilo que fazemos: a preocupação com o bem-estar de crianças em fase de crescimento nos Estados Unidos exigiria que as ensinássemos a ler; a preocupação com o bem-estar de porcos exigiria apenas que os deixássemos com outros porcos num lugar onde houvesse comida adequada e espaço para correrem livremente. Mas o elemento básico – levar em conta os interesses de um ser, sejam quais forem esses interesses – deve, de acordo com o princípio da igualdade, ser estendido a todos os seres, negros ou brancos, do sexo masculino ou feminino, humanos ou não humanos. (SINGER, Peter. Liberação Animal, 2010, p. 10).

Além do mais, ao abordar a questão acerca do sofrimento animal, Singer afirma que a dor é algo que não pode ser mensurado, pois a dor que um indivíduo

sente, pode não ser sentida na mesma intensidade por outro. Ainda, assevera que “A capacidade de sofrer, entretanto, não apenas é necessária, mas também suficiente para que possamos assegurar que um ser possui interesses – no mínimo, o interesse de não sofrer”. (SINGER, Peter. *Libertação Animal*, 2010, p.13).

Por esse prisma, conforme assevera Singer:

Quase todos os sinais externos que nos levam a inferir a existência de dor em seres humanos podem ser observados em outras espécies, sobretudo naquelas mais intimamente relacionadas a nós: os mamíferos e as aves. Os sinais comportamentais incluem contorções, contrações do rosto, gemidos, ganidos ou outras formas de apelos, tentativas de evitar a fonte da dor, demonstrações de medo diante da perspectiva de repetição e assim por diante. Além disso, sabemos que esses animais possuem sistemas nervosos muito semelhantes aos nossos, que respondem fisiologicamente como os nossos, quando se encontram em circunstâncias em que sentiríamos dor: elevação inicial da pressão sanguínea, pupilas dilatadas, transpiração, aceleração de pulso e, se o estímulo continuar, queda de pressão sanguínea. Embora os seres humanos possuam um córtex cerebral mais desenvolvido do que o de outros animais, essa parte do cérebro está mais relacionada às funções de pensamento do que propriamente aos impulsos básicos, às emoções e às sensações. Esses impulsos, emoções e sensações situam-se no diencéfalo, que é bem desenvolvido em muitas outras espécies, sobretudo em mamíferos e aves. (SINGER, Peter. *Libertação Animal*, 2010, p.18).

Ainda, em complemento ao raciocínio de Peter Singer, segue as palavras de Laerte Fernando Levai:

Importante ressaltar, todavia, que embora condenados a trabalhos forçados, às prisões perpetuas, ao matadouro, às arenas públicas, ao extermínio sistemático, ao desprezo, ao abandono, aos obscuros centros de experimentação, dentre outras atrocidades cometidas pelo homem, os animais têm a capacidade de sentir e de sofrer. A ciência sabe que nossa diferença em relação a eles é apenas de grau, não de essência. Seus órgãos têm função similar à humana, tanto que os animais reagem aos estímulos dolorosos. O sistema límbico (responsável pelas emoções e sentimentos) é exatamente igual em todos os mamíferos, exceto que no homem o córtex cerebral (responsável pela reflexão) é muito mais desenvolvido. Essa ‘supremacia humana’, porém, acaba sendo utilizada para a opressão e para auferir lucro (LEVAI, Laerte Fernando, *OS ANIMAIS SOB A VISÃO DA ÉTICA*, p. 1 e ss).

Portanto, partindo do pressuposto da senciência animal, e que de acordo com a teoria do animal não humano ser capaz de sentir como qualquer outro indivíduo, e consoante a ética e a dignidade dos animais, vê-se que esses devem viver uma vida minimamente digna e serem incluídos na comunidade moral, sendo que seus direitos e a sua dignidade devem ser assegurados, não existindo assim, base nos argumentos especistas em que diz que os animais não devem possuir direitos, devido não sentirem ou a espécie humana estar em posição superior sobre esses.

Conforme afirma Levai (LEVAI, Laerte Fernando, OS ANIMAIS SOB A VISÃO DA ÉTICA, p. 2):

(...) Há, portanto, que se estudar a ética, em suas relações com o direito, com a moral, e, finalmente, com o direito natural, fonte primária da justiça. Porque aspectos morais de uma lei nem sempre subsistem diante de determinados dogmas de ordem religiosa, cultural ou científica. Cultura e ciência não se ligam necessariamente à moral, como se pode constatar das touradas (tidas como manifestações culturais) e na vivisseccção (tida como método científico).

Por fim, o que se busca com reconhecimento da dignidade animal, é uma ética que admita e reconheça os direitos dos animais, mudando assim, o tratamento para com os animais, e dar a estes o respeito e a dignidade que são seus por direito. Ainda, ressalta-se que o que se busca não é igualar os animais humanos aos não humanos, tendo em vista que cada um tem as suas necessidades específicas, mas o que se busca é a garantia de seus direitos, que devem ser resguardados, e acima de tudo para que possam viver com dignidade e bem-estar, saindo da posição de coisa para a de um ser sujeito de direitos que encontra-se inserido na comunidade moral.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A PROTEÇÃO A FAUNA

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição a prever a proteção ao Meio Ambiente, dando a esse status de direito fundamental de terceira dimensão. Subentende-se que a Constituição Federal de 1988, ao trazer a previsão de proteção a fauna e a flora e ao meio ambiente de forma geral, fatos estes que

fizeram ser conhecida como “Constituição Verde”, reconheceu, mesmo que implicitamente, a senciência animal, devendo assim, ser garantido a esses, tratamento digno e respeito

à vida e à integridade física, sendo sujeitos, portanto, de consideração moral.

Nesse diapasão, através do reconhecimento trazido pela Constituição Federal de 1988, surgiu o despertar do constitucionalismo ecológico, trazendo consigo a valoração de novos seres e o pensamento holístico como fundamento moral, sendo deixada para trás a crença absoluta de superioridade da espécie humana frente aos demais seres vivos.

Contudo, salienta-se que a proteção dos animais no ordenamento jurídico brasileiro tem como base o valor eminentemente moral conferido pelo constituinte ao propô-lo em benefício dos animais sencientes, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie.

Assim, apesar da Carta Maior de 1988 ainda trazer consigo um viés antropocêntrico (antropocentrismo alargado), essa prevê de forma explícita a proteção a fauna, conforme dispõe o art. 225, § 1º, VII, da CF/88.

Deste modo, cabe trazer a literalidade do inciso VII, que trata especificamente da proteção a fauna e a flora e veda a submissão de animais a crueldade, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações:

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao poder público:

VII – Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Nas palavras de Luís Paulo Sirvinskas:

A fauna é um bem ambiental e integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CF. Trata-se de

um bem difuso. Esse bem não é público nem privado. É de uso comum do povo. A fauna pertence à coletividade. É bem que deve ser protegido para as presentes e futuras gerações (SIRVINSKAS, 2019, p. 621).

Desse modo, fica clara a intenção do legislador constitucional ao trazer esta proteção e preservação ao meio ambiente e aos seus componentes, pois essa proteção foi considerada uma “virada ecológica”, tendo em vista que trouxe de forma expressa a proteção a fauna e a vedação a submissão de animais a crueldade.

Além do mais, a proteção constitucional dada aos animais é dada a todos de forma indiscriminada, sejam eles domésticos ou domesticados, terrestres ou aquáticos, exóticos, nativos ou silvestres. Posto que onde a lei não discrimina, não cabe ao interprete fazê-lo.

Ressalta-se, ainda, o fato de ser dever do Estado e do indivíduo a proteção ambiental. Sendo obrigação do Estado coibir a submissão de animais a atos de crueldade. Assim:

A consagração do objetivo e dos deveres de proteção ambiental a cargo do Estado brasileiro (em relação a todos os entes federativos) e, sobretudo, a atribuição do status jurídico-constitucional de direito-dever-fundamental ao direito ao ambiente ecologicamente equilibrado colocam os valores ecológicos no “coração” do Direito brasileiro (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p.241).

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, § 1º, VII, ao aludir à proteção da fauna, não delimitou o seu conceito, possibilitando ao legislador infraconstitucional o preenchimento dessa lacuna. Segundo esse dispositivo, constitui tarefa do Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (FIORILLO, Celso Antônio, 2018, p. 267).

Ademais, tratando especificamente da proteção a fauna prevista na Constituição Federal de 1988, é importante trazer os conceitos tanto da fauna como da fauna silvestre, sendo:

A fauna é o conjunto de animais estabelecidos em determinada região. Quando se fala em fauna, deve-se pensar imediatamente em seu hábitat que, por sua vez, é o local onde vivem como os abrigos,

ninhos, criadouros naturais, etc., integrando, assim, o ecossistema. Ecossistema é o conjunto de vegetais e animais que interagem entre si ou com outros elementos do ambiente, dando sustentação à diversidade biológica. Por tal razão é que a fauna não deve ser analisada isoladamente ou dissociada da flora. Desse modo, a fauna deve ser preservada, pois integra o meio ambiente previsto no art. 225, caput, da CF. Os animais têm o mesmo direito que o homem de viver no planeta Terra. A fauna e a flora estão intimamente ligadas em relação de interação mútua e contínua. Uma não vive sem a outra, fazendo com que essa interação mantenha a integridade das espécies vegetais e animais (SIRVINSKAS, 2019, p. 636).

Fauna silvestre é o conjunto de animais que vivem em determinada região. São os que têm seu habitat natural nas matas, nas florestas, nos rios e mares, animais estes que ficam, em regra, afastados do convívio do meio ambiente humano (SIRVINSKAS, 2019, p.639).

Vê-se, portanto, a importância do dispositivo constitucional ao prever a proteção da fauna, tendo em vista que esta compõe o meio ambiente e deve ser preservada para a manutenção tanto das espécies vegetais como para integridade dos animais, pois cada animal tem uma função específica dentro da Natureza, o que compõe o seu habitat natural, e caso ocorra a extinção destes, trará prejuízos irreparáveis para o meio ambiente.

Além do mais, a fauna silvestre é considerada um bem ambiental, e caso seja destruída total ou parcialmente, trará degradações ambientais, o que acarretará a morte de diversos animais que a integra, ocorrendo assim a violação de tal preceito constitucional que é considerado um direito fundamental, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nessa toada, o legislador constituinte não pretendeu delimitar a fauna a ser tutelada, porquanto objetiva-se que a lei busque preservá-la, colocando-a a salvo das práticas que representem risco a sua função ecológica e à extinção das espécies e que submetam os animais a crueldade (FIORILLO, Celso Antônio, 2018, p. 267).

Assim, vê-se que a Constituição Federal de 1988 busca proteger e preservar o meio ambiente para que possa existir equilíbrio entre o homem e a Natureza, sendo este o maior desafio. Porém, o animal humano diante a sua ganância e seu consumo exacerbado, destruiu em boa parte esse equilíbrio previsto em nossa Carta Maior, e em consequência disso ocorre a destruição da biodiversidade no

planeta, afrontando assim, preceitos constitucionais.

De acordo com Levai:

A natureza deixou de ser um todo vivo (visão holística) para se tornar um conjunto de recursos (instrumentos). E o que acaba justificando a proteção a fauna, para o legislador ambiental, não é o direito à vida ou ao bem-estar que cada animal deveria ter assegurado em face de sua individualidade, mas a garantia daquilo que se denomina biodiversidade (LEVAI, Laerte Fernando, OS ANIMAIS SOB A VISÃO DA ÉTICA, p. 1).

Ainda, ressalta-se que o ser humano não é necessário para o equilíbrio ambiental, pois este ocorre independente da ação humana, sendo que o principal agente causador da extinção de espécies que integram a fauna e o desequilíbrio ecológico é o homem.

Contudo, conclui-se que a proteção constitucional à fauna e aos animais que a compõe é um direito fundamental, que deve ser respeitado como qualquer outro direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, pois apesar da concepção antropocêntrica ainda ser preponderante conforme já visto, entende-se que a fauna deve ser protegida e preservada independentemente dos interesses humanos, pois esta possui valor em si mesma, tendo em vista que diante do disposto no artigo 225, § 1º, VII, da CF/88, ficou subentendido que esse era o objetivo do legislador constituinte, isto é, a proteção da fauna em função dela mesma.

4 Uma análise da tutela penal dos animais sob o viés da Criminologia Verde a partir do precedente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp. 1.797.175/SP

O precedente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil no REsp. 1.797.175/SP, foi em tese grande avanço em comparação as decisões anteriores acerca dos direitos animais, pois reconheceu direitos e dignidade à Natureza e aos animais não humanos, sendo pioneiro nesse aspecto, tendo em vista que foi a primeira vez em que se reconheceu direitos e dignidade aos animais não humanos, abrindo assim, possibilidades para que no futuro o nosso ordenamento jurídico adote de fato uma concepção biocêntrica e não apenas com aparências

biocêntricas.

O presente julgado trata do caso de um papagaio que vivia há mais de vinte e três anos com Maria Angélica Caldas Uliana e foi confiscado pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis), que ao ver do Ibama, a ave não estava sendo bem cuidada e devido ser um animal silvestre não poderia permanecer com ela.

Entretanto, ao julgar a guarda do papagaio confiscado pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis), o precedente em análise concedeu a guarda definitiva do pássaro à Maria Angélica Caldas Uliana, justificando tal decisão sob o princípio da razoabilidade, pois diante o entendimento do Ministro Relator Og Fernandes “a reintegração definitiva da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o papagaio em comento, já possui hábitos de ave de estimação, pois convive há cerca de 23 anos com a autora”.

Ademais, a referida decisão fundamentou-se também no fato de ter sido constatado que o papagaio no período em que ficou sob a guarda do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis) não estava tendo os cuidados necessários, fatos esses apurados pelo Tribunal *a quo*, quando foi deferida a guarda provisória do papagaio a pessoa que o detinha, mesmo diante da irregularidade, tendo em vista que essa não tinha licença ou autorização para justificar a posse do animal e dos maus-tratos constatados pelo órgão.

Desta forma, sob o viés da Criminologia Verde, cabe trazer a questão discutida no REsp. 1.797.175/SP, para dentro desse estudo, indagando-se o fato da guarda do papagaio ter sido restituída a pessoa que o detinha ao contrário do que prevê o artigo 25, § 1º da Lei nº 9.605/1998, *in verbis*:

“Os animais serão libertados em seu habitat, ou sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidade assemelhadas, para a guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados”.

Assim, surge a indagação acerca da guarda e posse do referido animal ter sido dado a sua “tutora”, diante a justificativa que convivia há mais de 23 anos com

Maria Angélica Caldas Uliana e a mudança poderia trazer estresse ao animal, e questiona-se ainda, a possibilidade do animal ter sido entregue conforme dispõe a referida lei, a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para que esse pudesse conviver com o mínimo de dignidade em seu habitat e com seres da sua espécie.

Além do mais, lhe foi privada a sua liberdade, tendo em vista que se trata de um animal silvestre e uma gaiola não é um lugar adequado para um ser dessa espécie viver, apesar de já ter se “adaptado” a viver no pequeno espaço.

Desse modo, é imperioso ressaltar ainda, que a referida decisão não foi analisada sob o enfoque das 5 liberdades.

As 5 liberdades surgiram a partir do relatório produzido pelo Comitê Brambell, na Inglaterra, em 1965, e é até hoje reconhecido, pois define o bem-estar animal e prevê as cinco liberdades direcionadas aos animais, consistentes basicamente em: 1) Estar livre de fome e sede; 2) estar livre de desconforto; 3) estar livre de dor, doença e injúria; 4) ter liberdade para expressar os comportamentos naturais da espécie; 5) Estar livre de medo e de estresse.

Assim, tendo em vista estas liberdades, no presente caso cabe a análise da liberdade 4 (quatro), ou seja, a liberdade para expressar os comportamentos naturais da espécie, que é entendido como a liberdade do animal se comportar naturalmente, o que exige espaço suficiente, instalações adequadas e a companhia da sua própria espécie.

Contudo, vê-se que a referida liberdade do animal não foi respeitada, tendo em vista a situação do papagaio constatada pelo Ibama, pois esse vivia em uma gaiola sem as mínimas condições de higiene, sendo o local inadequado para um animal silvestre, o que lhe privou de sua liberdade, da sua livre reprodução e do convívio social.

Partindo dessa premissa, de acordo com o estudo da criminologia verde, entende-se como abuso animal, as situações em que esse está inserido, saindo do foco apenas da ilegalidade criminal e da figura humana, levando em consideração o animal como ser vulnerável que é, sendo este o fator determinante para sua tipificação.

No entendimento da Criminologia Verde, em que estuda os aspectos voltados à análise entre danos ambientais e definição de crimes e suas vítimas, sendo uma de suas principais características a política da justiça criminal com ênfase na tutela dos animais, entende que os abusos direcionados à fauna podem ser psicológicos ou físicos; aprovados ou reprovados socialmente (DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; JUNG, Bruna da Rosa. Criminologia verde e abuso animal: uma introdução necessária, 2018).

A Criminologia Verde possui uma atuação importante no que tange ao desenvolvimento de estudos a respeito da interação humana e animal, sendo sua contribuição principal aquelas análises voltadas aos abusos cometidos por humanos contra animais (DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; JUNG, Bruna da Rosa. Criminologia verde e abuso animal: uma introdução necessária “in” BEIRNE, 2009).

Ainda de acordo com os estudos da criminologia verde, tal decisão é considerada abuso animal, pois não foi considerado o bem estar animal no caso concreto e as suas necessidades em particular, tendo em vista que não foi afastado o viés da criminologia antropocêntrica em que considera apenas o homem como vítima, sendo que aos olhos da criminologia verde a verdadeira vítima é o animal.

Nas palavras de Roxin:

(...) Os animais, mesmo não tendo utilidade para existência social dos seres humanos, merecem ser poupados de sofrimento desnecessário, e que tais regras jurídicas protetivas “se relacionam como a própria proteção dos animais e não com o fim de preservar as pessoas da aflição” (SILVA, Maiara Alves. Crimes Contra a Fauna no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais “in” ROXIN, 2009).

Além do mais, é imperioso destacar o fato que conforme a decisão do Tribunal *a quo* a criação irregular deve ser reprimida e combatida, até porque é esse tipo de atitude que fomenta o comércio ilícito de animais silvestres, o que pode abrir um viés para que tais práticas ocorram, afinal quase sempre aqueles que em tese estariam incorrendo nos tipos penais previstos na lei de crimes ambientais, não são punidos e ainda quando se trata de aves silvestres, ficam com a

guarda do animal.

Nesse sentido, cabe trazer as palavras de Luís Paulo Sirvinkas:

O tráfico de animais silvestres sempre existiu no Brasil, desde o seu descobrimento. Esclarece a história, segundo Laerte Fernando Levai, que a “nau Bretoa voltou para Portugal, em 1511, lotada de papagaios, bugios e saguis, inaugurando a rota marítima das grandes explorações. Na mesma época, interceptou-se, em águas europeias, uma caravela francesa pirata – a nau Pèlerine – carregada de produtos contrabandeados: 5 mil toras de pau- brasil, 3 mil peles de felinos, 600 aves e 300 macacos. Tristes números da ganância exploradora que se infiltrava pela costa litorânea brasileira (SIRVINSKAS, 2019, p. 669).

A maioria dos animais silvestres é constituída por aves. Ressalta-se ainda que muitos dos animais ameaçados de extinção são utilizados para confecção de medicamentos sem valor terapêutico. Há informações que o tráfico de animais silvestres constitui o terceiro maior do mundo, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas (SIRVINSKAS, 2019, p. 671).

Ademais, de acordo com Ngoc e Wyatt (2013):

O comércio ilegal de animais silvestres pode ser mencionado como um dos fatores impulsionadores para uma diminuição de espécies ameaçadas uma vez que nos últimos anos a venda ilegal de animais foi classificada “entre as economias ilícitas mais lucrativas do mundo, junto com drogas ilegais e possivelmente tráfico de seres humanos e armas”. Ainda, para a realização do comércio ilegal os traficantes se valem de inúmeras técnicas para evitar a apreensão destes, os escondendo de maneira com que fiquem sem oxigênio, sem alimentação e sem as condições adequadas de um transporte seguro, inclusive levando-os a óbito (DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; JUNG, Bruna da Rosa. Criminologia verde e abuso animal: uma introdução necessária “in” NGOC; WYATT, 2013).

Vê-se portanto, que o tráfico de animais é um dos grandes problemas ambientais, e que deve ser punido, tendo em vista que tal crime traz diversos problemas ao meio ambiente, como por exemplo a extinção destas espécies que compõem o ecossistema.

É importante ressaltar que o Brasil é um dos países com a mais rica biodiversidade, sendo esse o atrativo para o comércio ilícito da fauna silvestre.

Ademais, quanto ao fato do referido animal não ter tido os devidos cuidados

quando estava sob a guarda do Ibama, sendo esse um dos motivos para a devolução do papagaio a pessoa que o detinha, é imperioso ressaltar que havia outros meios que não o de devolver o animal para a situação anterior que já vivia, conforme o disposto no artigo 25, §1º da Lei nº 9.605/1998, não existindo assim, apenas o referido órgão para ficar com a guarda do animal, pois a lei é expressa no sentido de que o animal será “entregue a jardins zoológicos, fundações ou entidade assemelhadas, para a guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados”.

Nessa esteira, conforme o disposto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é dever do Poder Público a proteção ambiental, sendo portanto, obrigação do Estado, coibir as práticas que abrem possibilidades para a degradação ambiental, sendo no presente caso, o tráfico de animais silvestres.

Outrossim, é de se ressaltar que apesar da decisão em comento aparentar aspectos biocêntricos, tendo em vista que reconheceu direitos aos animais e à Natureza, entende-se que ela continua no marco antropocêntrico, pois o Ministro Relator Og Fernandes ao adotar o princípio da razoabilidade ao concluir o seu voto, justificou sua decisão levando em consideração “a dignidade de Maria Angélica, sendo que esta poderia vir a ser violada caso ocorresse a ruptura no vínculo afetivo desta com sua ave de estimação”.

Visando assim, a pretensão egoística do humano aprisionador, isto é, o bem estar e o emocional da recorrente, e mantendo a ave em cativo doméstico. Não atendendo assim, o bem estar do animal de fato, tendo em vista que não há justificativa ética ou ambiental razoável que amparem a violação da lei, pois os processos naturais de interação da vida em suas diversas formas são intensamente abalados pela intervenção antrópica voluntarista e não amparada por estudos e cuidados específicos.

Além do mais, ressalta-se que no que se refere a vida privada, animais são mantidos presos com a finalidade de proporcionar companhia aos humanos, os retirando assim, de seu habitat natural e os domesticando, sendo considerados “animais domesticáveis”, os chamando de animais de estimação, porém a Criminologia Verde considera tal costume, que é socialmente aceito, abuso animal.

Portanto, entende-se que por melhor que tenha sido a intenção do Ministro

Relator Og Fernandes, no julgamento do REsp. 1.797.175/SP, levando em consideração a delicada situação do animal, pois também foi constatado que quando esse estava sob a guarda do Ibama, não estava tendo os devidos cuidados, tal decisão trouxe um viés especista e antropocêntrico, tendo em vista que os animais não nos pertencem e não estão aqui para nos servir, seja emocionalmente ou de qualquer outra forma.

5 A (IN)APLICABILIDADE DO ARTIGO 25, §1º DA LEI Nº 9.605/1998 (LEI DE CRIMES AMBIENTAIS)

O artigo 25, §1º da Lei de Crimes Ambientais dispõe acerca da apreensão e restituição de animais silvestres ao seu habitat e caso tal medida não seja possível, deverá esses serem entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

Ademais, a Lei de Crimes ambientais tipifica como crime a manutenção de animais silvestres aprisionados por particulares sem autorização específica.

Deste modo, questiona-se aqui o fato dos Tribunais terem a prática costumeira de não aplicar o referido dispositivo, em especial quando se trata da apreensão de aves silvestres aprisionadas por particulares, conforme visto no precedente do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (REsp. 1.797.175/SP) e em diversas decisões proferidas no mesmo sentido, que não fazem valer a literalidade do art. 25, § 1º da Lei nº 9.605/1998.

Sabe-se que apesar do Direito Penal ser *ultima ratio*, a proteção jurídico penal e a repressão de tais delitos nos crimes ambientais é necessária, tendo em vista que não se pode ter uma tutela penal insuficiente, devendo assim, punir aqueles que atentarem contra o bem jurídico tutelado, sendo neste caso o animal silvestre, a fauna e a proteção ambiental de um modo geral.

Assim, a conduta de manter animal silvestre aprisionado sem autorização administrativa é tipificado como crime, que é fato ilícito por definição.

É por intermédio da legislação penal em matéria ambiental, ou seja, da tipificação de condutas do indivíduo (e mesmo de pessoas jurídicas), especialmente no exemplo de vedação de práticas

cruéis contra animais (art. 32 da Lei 9.605/98), que se identifica, em maior ou menor intensidade, a ideia de uma proteção jurídica do ambiente de forma autônoma, ou seja, independentemente do interesse estritamente humano, inclusive, em alguns casos, em oposição e de modo a limitar direitos (fundamentais ou não) do ser humano. Tal seria o caso do reconhecimento da Natureza como sujeito passivo da criminalidade, rompendo com a perspectiva antropocêntrica estrita, de feição fortemente liberal do Direito Penal para promover a proteção jurídica e o rigor excessivo de alguns tipos penais ambientais em comparação com a legislação penal brasileira de modo geral (SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago, 2014, p. 394).

Conforme leciona Roxin, autor da corrente doutrinária denominada funcionalismo teleológico-funcional ou teleológico-racional ou teleológico-político criminal: O Direito Penal existe para cumprir determinados fins, existe “em função” desses fins, que são retratados nos princípios político-criminais da intervenção mínima, da exclusiva proteção de bens jurídicos, ofensividade, etc (GOMES, Flávio Luiz, 2006).

Nas palavras de Luiz Regis Prado:

A eficácia da legislação penal ambiental depende de uma adequada construção dos tipos penais e de sua real aplicação. Não é fácil redigir tipos penais ambientais, pois eles envolvem, invariavelmente, conceitos de diversas áreas do conhecimento humano (conceitos jurídicos e extrajurídicos). A tônica na atividade legiferante ambiental deveria ser, portanto, a interdisciplinaridade. Mas parece não haver esse intercâmbio. Os tipos penais ambientais, em regra, são mal elaborados, são confusos, e alguns são de duvidosa constitucionalidade ou evidente inconstitucionalidade. (GOMES, Luiz; MACIEL, Silvio, p. 113).

Nessa esteira, apesar da lei de crimes ambientais ser norma penal em branco e o fato dos tipos penais serem mal elaborados, crítica essa feita por diversos doutrinadores, não se pode ter uma tutela penal insuficiente, portanto, questiona-se qual a finalidade da referida lei se não punir ou ao menos tentar “frear” as condutas tipificadas na lei como crimes ambientais, afinal, esse é o principal objetivo da lei ao ser criada, é punir aqueles que causarem danos ao meio ambiente e as suas espécies. Além do mais, ressalta-se que a própria Constituição Federal de 1988 ao trazer o artigo 225 §3º teve a intenção de que uma lei especial

fosse criada com o objetivo de criminalizar condutas lesivas ou potencialmente lesivas ao meio ambiente.

É imperioso ressaltar que a referida lei encontra-se em vigor há mais de vinte anos e tem assento na diretriz constitucional de proteção à fauna, sendo esse lapso temporal o suficiente para que as pessoas saibam de seu conteúdo, e não mais pratiquem a conduta proibida.

Ademais, conforme aduz João Alves Teixeira Neto ao fundamentar a tutela penal dos animais com base onto-antropologica:

(...) Muitos são os sentidos em que é refletido, no que diz respeito às relações sócio-jurídicas, o cuidado originário. O cuidado, mais especificamente, o cuidar-se, exige uma precisa definição do seu objeto de cuidado, sendo que aí a norma penal se coloca como referente de um cuidado, já que é definição dos comportamentos relevantes. Este cuidado, mesmo não sendo o cuidado originário, está a ele profundamente ligado, revelando-se na definição dos comportamentos proibidos, e também no evitar esses comportamentos (TEIXEIRA NETO, João Alves, p. 101).

Deste modo, apesar das considerações explanadas, ressalta-se o fato da tradição jurisprudencial de fazer dessa lei, praticamente lei morta, quando se trata de casos de apreensão de aves silvestres aprisionadas por particulares, justificando assim, suas decisões nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicadas ao caso concreto.

Porém, apesar de levarem em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tais decisões desconsideram o teor do artigo 25, § 1º da Lei de Crimes Ambientais, pois devolvem o animal para o dono sob a justificativa desse não sobreviver em seu habitat natural, sendo que o referido dispositivo prevê outros meios caso não seja possível reintegrar o animal à Natureza, tornando assim inaplicável o disposto no artigo 25, § 1º.

Ademais, não se afigura mais razoável o Judiciário permanecer condescendente diante a violação da norma que proíbe a conduta de manter animais silvestres em cativeiro doméstico, sob o argumento de que está resguardando o animal.

Assim, não se pode reconhecer plausibilidade jurídica na pretensão de

devolução do animal ao carcereiro, o que implicaria autorização judicial para a prática de um crime, e sabe-se que o Judiciário não objetiva dar prosseguimento a conduta criminosa.

Além do mais, entende-se que tais decisões podem servir de estímulo para novas práticas infracionais ambientais, tendo em vista que o tipo penal ao ser criado tinha como objetivo reprimir os casos de criação de animais silvestres de forma ilegal, o que também abre viés para a prática do tráfico ilícito de animais silvestre, ficando esse em terceiro lugar no ranking mundial da criminalidade.

Ainda, se tal conduta não é reprimida por nossos tribunais mesmo esses reconhecendo que foi tirada a liberdade do animal, que esse sofreu maus tratos, e que pode ocorrer a extinção de sua espécie, e ainda assim ocorre a devolução do animal ao carcereiro, sob a justificativa de que o animal já vive há determinados anos com a pessoa que o detém, indaga-se se o nosso ordenamento jurídico está mesmo cumprindo com o seu papel de protetor ambiental.

Portanto, não há que se falar da aplicabilidade do referido dispositivo, pois a Justiça ampara esses casos em que a pessoa está ilegalmente com o animal seja por desconhecimento ou porque simplesmente acha que caso ocorra do animal ser apreendido, conseguirá a sua guarda definitiva em juízo, tendo em vista as diversas decisões em que uma pessoa tem em sua posse um animal que compõe a fauna silvestre e devido esse viver há tantos anos em cárcere doméstico e ter criado um vínculo afetivo, muitas vezes sendo considerado membro da família, o que deixa douto julgador sensibilizado e diante disso acaba concedendo a guarda do animal ao carcereiro, fazendo assim o que a legislação não permite, ou seja, a manutenção em cativeiro de espécimes da fauna silvestre.

Ademais, salienta-se que a maior questão aqui não é simplesmente o apego literal a legalidade, e sim o fato conforme já abordado de um animal silvestre viver como um animal doméstico, não lhe sendo atendidas suas condições biológicas, convivendo em uma gaiola sem espaço adequado para a sua espécie, sem qualquer enriquecimento ambiental, e sendo privado de conviver com seres da sua espécie, o que se leva a questionar se há mesmo em nosso ordenamento uma verdadeira tutela jurídica penal dos animais.

Ainda, é imperioso salientar a Instrução Normativa ICMBIO N° 23 de 31 de

dezembro de 2014, que dispõe acerca do Centro de Triagem de Animais Silvestres do IBAMA – CETAS.

O Centro de Triagem de Animais Silvestres, consoante o disposto no art. 2º, V, da IN 23, é a unidade responsável pelos animais apreendidos, resgatados pela autoridade competente ou entregues voluntariamente. *In verbis*:

Art. 2º Para fins desta IN, entende-se por:
V – Centro de Triagem de Animais Silvestres do IBAMA – CETAS: unidades responsáveis pelo manejo da fauna silvestre com finalidade de prestar serviço de: recepção, identificação, marcação, triagem, avaliação, recuperação, reabilitação e destinação de animais silvestres provenientes de ação fiscalizatória, resgates ou entrega voluntária de particulares (...).

Assim, de acordo com a referida IN, vê-se que é possível a devolução do animal à Natureza, tendo em vista que o animal receberá tratamento adequado e o devido treinamento realizado por profissionais capacitados, sendo possível o uso de várias técnicas que fará com que o animal retorne aos seus hábitos originais, e se possível será liberto em seu ambiente natural, impedindo assim que o animal volte a ser privado de sua liberdade, ou caso não seja possível essa reabilitação e reintegração, que este conviva em um ambiente adequado para a sua espécie e com seres de sua espécie. Deste modo, constata-se que embora os Tribunais desconsiderem o teor do art. 25, § 1º da Lei nº 9.605/1998 sob a justificativa de que o animal não sobreviveria caso fosse devolvido à Natureza, por ter adquirido hábitos de um animal doméstico, entregando a sua guarda ao carcereiro, faz com que a norma perca a sua real finalidade.

E faz com que a preservação da biodiversidade seja prejudicada, passando assim, não só por cima do referido dispositivo, mas também dos ditames previstos constitucionalmente.

Além do mais, salienta-se que não cabe ao judiciário cancelar condutas ilícitas, mas exatamente o contrário, seu dever é garantir direitos e condutas condizentes com o ordenamento jurídico, sendo que esse a todos vincula.

Contudo, constata-se que é totalmente viável a aplicação literal do referido dispositivo, pois existe meios para que o animal se reintegre novamente ao seu habitat, o que acarretará na proteção da fauna e do animal, sendo esse o objetivo

tanto da Constituição Federal de 1988 como da Lei nº 9.605/1998, fazendo-se importante que ocorra um maior controle e uma maior fiscalização do Estado diante a atuação do IBAMA nesses casos, para que estes animais sejam de fato reintegrados à Natureza e ou, a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas.

CONCLUSÃO

Ao final, conforme todo o exposto no presente artigo, cabe trazer as seguintes considerações:

1. A concepção antropocêntrica contribuiu para a separação do ser humano e da Natureza, tanto é que o nosso ordenamento jurídico carrega até hoje essa visão, pois ver o animal humano como o único possuidor de direitos e garante proteção à Natureza apenas em benefício desses, o que faz com que a nossa Constituição fique atrasada quando se trata da proteção ambiental, tendo em vista as Constituições modernas. Portanto, precisa-se urgentemente de uma evolução nesse ponto, pois só através da integração do homem com à Natureza e a garantia de sua proteção independente de interesses individuais e econômicos, é que será possível romper com tal filosofia e alcançar uma visão Biocêntrica ou próximo a isso, e somente assim, teremos de fato um equilíbrio ecológico em que é respeitada todas as formas de vida, pois haverá um rompimento com a insensibilidade e o negacionismo humano que estão ligados aos desequilíbrios ambientais, alcançando assim um marco civilizatório.

2. Os animais merecem que seja reconhecido seus direitos e em consequência desse reconhecimento a sua dignidade como os seres sencientes que são, saindo da perspectiva que estão aqui para servir os interesses humanos, pois assim como o ser humano, os animais são seres sensíveis e capazes de experimentar sofrimentos, dores e emoções, e não meros objetos. Devendo portanto, serem incluídos na comunidade moral para viverem uma vida minimamente digna em que é garantido o seu bem estar, não sendo mais vistos como “coisa” e sim como sujeitos de direitos, que merecem respeito tendo em vista o seu valor intrínseco.

3. A Constituição Federal de 1988, apesar de ainda carregar uma visão

antropocêntrica, trouxe a expressa previsão de proteção a fauna e a flora conforme o disposto no art. 225, §1º, VII, da CF/88, em que reconheceu a senciência animal e a importância da proteção ecológica, sendo um direito fundamental de terceira dimensão, que deve ser respeitado e garantido pelo Estado, necessitando que essa proteção à Natureza ocorra em função dela mesma.

4. O nosso ordenamento jurídico precisa modificar-se quando se trata da questão voltada a tutela penal dos animais saindo da perspectiva apenas ambiental, tendo em vista que essa é mínima e insuficiente, pois não protege de fato os direitos destes seres, não havendo assim uma verdadeira tutela penal dos animais.

5. Isto posto, a decisão proferida no precedente do Superior Tribunal de Justiça Brasil no REsp. 1.797.175/SP, apesar de trazer uma aparência biocêntrica, foi totalmente fundamentada sob a ótica antropocêntrica, não conseguindo assim, romper com tal corrente, tendo em vista que mais uma vez a dignidade e o bem estar do animal, no caso o papagaio, foi deixado de lado, levando-se em consideração apenas os interesses egoísticos do carcereiro.

6. A referida decisão é contrária aos ditames Constitucionais e Legais de proteção à fauna, pois traz desequilíbrio ecológico ao retirar o animal silvestre da Natureza, tendo em vista que ao ser mantido em cativeiro doméstico, esse perde a sua função, ou seja, a contribuição com a biodiversidade e preservação de sua espécie.

7. Além do mais, aos nossos olhos a vida em cativeiro é confortável tendo em vista que estes animais silenciam e nós não conhecemos seus sinais, e isso não quer dizer que eles não sofram ou que estão saudáveis. Ainda, ao mantermos o animal aprisionado estamos negando toda a sua natureza, e a Criminologia Verde considera abuso animal a conduta de negar a Natureza do animal, quando o aprisionamos e mantemos essa companhia forçada.

8. Ainda, considerando o mau hábito de manter animais silvestres em cativeiro doméstico e a condescendência do Judiciário em manter o animal aprisionado, faz com que a busca por esses animais seja alta, abrindo assim, portas para o comércio ilícito de animais silvestres, sendo esse um dos maiores problemas enfrentados, pois o tráfico de animal silvestre está ligado ao tráfico de

drogas e de armas.

9. É necessário que ocorra uma mudança na cultura brasileira quando se refere ao tráfico de animais silvestres, tendo em vista que se as pessoas se conscientizarem que estão cometendo um crime ao comprar animais silvestres para mantê-los em cativeiro e devido a essa consciência resolvem não fazê-lo, não ocorrerá tráfico ou ao menos irá fazer com que diminua a sua incidência, pois não haverá consumidores. Devendo também os Tribunais não concordarem com tal prática de manter o animal em cárcere doméstico, pois tais decisões de certa forma tornam uma conduta que é ilícita, em licita.

10. A Lei de Crimes Ambientais está em vigor há mais de vinte anos, porém os nossos Tribunais fazem dessa lei praticamente “lei morta” quando se trata da apreensão de aves silvestres, tornando assim, inaplicável o disposto no artigo 25, § 1º da Lei nº 9.605/1998, portanto não há que se falar em aplicabilidade do referido dispositivo, pois os nossos Tribunais é condescendente com tal conduta, sendo que não há plausibilidade jurídica nessas decisões, pois existem meios para a devolução do animal à Natureza ou a um ambiente adequado para sua espécie ao invés de devolvê-lo ao carcereiro, o que faz com que o problema do animal não seja de fato solucionado e assim mantém o mau hábito de se manter animais silvestres aprisionados.

11. Só haverá uma verdadeira consciência quando as pessoas se colocarem no lugar do animal reconhecendo todo o sofrimento causado a eles quando são retirados de seu habitat, pois ao pôr um papagaio em uma gaiola é a mesma coisa que colocar um prisioneiro em uma cela, só que com suas mãos e pernas amarradas.

12. As aves são lindas, mas mais lindas ainda livres, e mesmo que a lei autorize tal conduta, tendo em vista a nossa pretensão egoística e os nossos caprichos de manter o animal prisioneiro, nós não temos esse direito, pois os animais nasceram com o seus próprios fins e não estão aqui para nos servir, e ainda estaríamos sendo injustos e inconsequentes para com a Natureza.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Anelise Varanda Dante. A PROTEÇÃO DA FAUNA E O TRÁFICO DE

ANIMAIS SILVESTRES. Universidade Metodista de Piracicaba. 2007. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em direito). Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp055586.pdf>>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

BARATELA, Daiane Fernandes. A Proteção jurídica da fauna à luz da Constituição brasileira. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6908/1/Daiane%20Fernandes%20Baratela.pdf>>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.797.175 – SP. Relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1797175_f70b.pdf?Signature=1hanLYMFibFHD8Jfyc9tiOu%2Fw%2BQ%3D&Expires=1588793224&AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA0765VPOG&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=af8a191374b063c17a9c2d6a1586250d>. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. Instrução Normativa ICMBIO N°23, de 31 de Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.institutohorus.org.br/download/marcos_legais/Instrucao%20Normativa%20ICMBio%2023-2014%20CETAS.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BORGES, Bárbara Teixeira. Combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil: análise sobre as fragilidades. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51702/combate-ao-trafico-de-animais-silvestres-no-brasil-analise-sobre-as-fragilidades>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Conheça as cinco liberdades dos animais, Certified Humane Brasil – Bem-estar animal. Disponível em: <https://certifiedhumanebrasil.org/conheca-as-cinco-liberdades-dos-animais/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=cinco-liberdades-dos-

animais&gclid=CjwKCAjwYT1BRAFEiwAd2WRtry9whPPp1WOL2xIpJ42eiuKuHorctg YHNYtPBsdUGD9ctH7FC192hoCtmUQAvD_BwE>. Acesso em: 23 Abr. 2020.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; JUNG, Bruna da Rosa. Criminologia verde e abuso animal: uma introdução necessária. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.134-147, maio/ago. 2018.

Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wpcontent/uploads/2018/12/DIR35-09.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

Especismo e as desigualdades entre espécies, artigo de José Eustáquio Diniz. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2012/03/14/especismo-e-as-desigualdades-entre-especies-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

EUQUADOR. Constituição. Constitución de La República del Ecuador. 20 de outubro de 2008. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

FROEHLICH, Graciela. ENTRE INDÍCES E SENTIMENTOS: NOTAS SOBRE A CIÊNCIA DO BEM-ESTAR ANIMAL. Disponível em: <http://www.revistaflorestan.ufscar.br/index.php/Florestan/article/view/136/pdf_67>. Acesso em: 24 abr. 2020.

GALIANO, Helena Marie Fish. Os animais silvestres e a excepcionalidade da guarda doméstica. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina ano 18, n. 3537, 8 mar. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23909>>. Acesso em: 14 fev. 2020.

GRECO, Luíz. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. *Revista Liberdades*. n° 03 (jan - abr 2010). Disponível em:<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrosedicoesexibir.php?rcon_id=26> Acesso em: 06 out. 2019.

Germana de Oliveira Moraes, Direitos dos animais e da natureza levados a sério: Comentários sobre o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175-SP). Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/42087/99406>> Acesso em: 08 fev. 2020.

GOMES, Carla Amado, O ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. In *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n. 11/12/1999.

GOMES, Flávio Luiz. Tipicidade material e criação de riscos proibidos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8471/tipicidade-material-e-criacao-de-riscos->

proibidos>. Acesso em: 08 mai. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Crimes Ambientais: comentário à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82) / Luiz Flávio Gomes, Silvio Maciel. Direito Internacional Ambiental: Valério de Oliveira Mazzuoli e Patryck de Araújo Ayala. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011.

INEA – Instituto estadual do ambiente. Triagem e Reabilitação (CETAS e CRAS). Disponível em: <<http://www.inea.rj.gov.br/biodiversidade-territorio/triagem-e-reabilitacao-cetas-e-cras/>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

José Muniz Neto, Tutela penal dos animais e direito à cultura: Análise a partir da ADIn 4.893. Revista CEDS, disponível em: <http://sou.undb.edu.br/ceds/revista?utm_source=direto>. Acesso em: 30 set. 2019. Karen Teixeira, Maus Tratos de animais: Uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais, Artigo apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista – IPA, 2017.

LEVAI, Laerte Fernando, 4º Promotor de Justiça de São José dos Campos. OS ANIMAIS SOB A VISÃO DA ÉTICA. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

_____. Promotor de Justiça em São José dos Campos. Tese Promotória de Defesa Animal. Disponível em: <<https://olharanimal.org/tese-promotoria-de-defesa-animal/>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

MEDINA, B. Cahiers antispécistes nº5 – O que é especismo? par David Olivier. Disponível em: <<https://www.cahiers-antispecistes.org/pt-pt/o-e-o-especismo/>>. Acesso em: 03 Abr. 2020.

O que é especismo e porque devemos rejeitá-lo, disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/587561-o-que-e-especismo-e-por-que-devemos-rejeita-lo>>. Acesso em: 16 fev. 2020.

SANTOS, Roberta Maria Costa. UMA ANÁLISE DA LEI Nº 11.794/08 À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA ÉTICA ANIMAL. 2016. Mestre em Direito. Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 28. Abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. Direito ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral. Ed. Saraiva, 2014.

_____. O Direito Constitucional-Ambiental Brasileiro e a Governança Judicial Ecológica: Estudo à Luz da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do

Supremo Tribunal Federal. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2019, vol. 11, n. 20. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf>>. Acesso em: 20. Abr. 2020.

SINGER, Peter. Ética Prática. 2ªed. Cambridge University Press, 1995.

_____. Libertação Animal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SILVA, Daniel Moreira; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Neoconstitucionalismo Latino-Americano e o fortalecimento do discurso ecocêntrico: A experiência equatoriana e boliviana de reconhecimento dos direitos da natureza (Pacha Mama e Madre Tierra). Disponível em: <<http://www.nexos.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/viewFile/3477/2655>>. Acesso em: 25. mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Princípios de Proteção Animal na Constituição de 1988. Revista de Direito Brasileira. Ano 5. Vol. 11. 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Andressa/Downloads/SSRN-id2872060.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SILVA, Maiara Alves. Crimes Contra a Fauna no Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012) e a ampliação da tutela jurídica dos animais. Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/30364/1/Maiara%20Alves%20Silva.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Sociedade Mundial de Proteção Animal (WSPA) e Laboratório de Bem-Estar Animal da Universidade do Paraná (LABEA/UFPR), subprojeto: Contribuição à Literatura Portuguesa Sobre Bem-estar Animal. Disponível em: <https://www.esalq.usp.br/departamentos/leb/iran/intranet_pos/intra_pg_LEB5002/TEXT0_06_BEM_ESTAR_02.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2020.

TEIXEIRA NETO, João Alves. Crimes contra a fauna e o princípio da não-maleficência: contribuições da bioética ao direito-penal ambiental, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4936/1/453085.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. La Pachamama y el humano. 1ªed. Buenos Aires: Ediciones Colihue, 2011.

WASILEWSKI, Luis Gustavo. Guarda de animais silvestres. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2766/Guarda-de-animais-silvestres>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

**Clique para voltar
ao Sumário**



O ESTADO LAICO E OS CONFLITOS ENTRE LEI E RELIGIÃO

Angela Cristina Arruda da Silva (Orientadora: Profa. Dra. Cleide Bezerra da Silva)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre o direito e a religião a partir dos princípios estruturantes do Estado laico inscrito pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido, pretende-se fazer uma discussão acerca de pontos polêmicos sobre a relação entre direito e religião. Essa relação se faz presente em todas as instâncias dos três poderes da República brasileira, do executivo, e a camaleônica apresentação religiosa do chefe do poder, perpassando pela existência de bancada religiosa no Congresso Nacional até se fazer presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. A problemática consiste em indagar: a religião ainda possui interferência e “força” no direito? E quais os reflexos sobre a sociedade? Para tentar responder estas questões, fizemos um levantamento bibliográfico, por meio da leitura de artigos, livros e jurisprudências.

Palavras-chave: Religião. Estado.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the relationship between the right and religion based on the structuring principles of the secular state registered by the Federal Constitution of 1988. In this sense, it is intended to make a discussion about controversial points about the relationship between law and religion. This relationship is present in all instances of the three branches of the Brazilian Republic, of the executive, and the chameleonic religious presentation of the head of power, going through the existence of a religious bench in the National Congress until being present in the decisions of the Supreme Federal Court. The problem is to ask: does religion still have interference and “force” in law? And what are the reflections on society? To try to answer these questions, we carried out a bibliographic survey, through the reading of articles, books and jurisprudence.

Keywords: Religion. State.

CAPÍTULO I – CONTEXTO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO ESTADO LAICO

A relação entre religião, moral e direito caracterizou as sociedades humanas desde as mais remotas. Já ali, a unidade de poder tinha como referência direta ou indireta, um fundamento religioso. Afinal, a lei é uma construção fundamentada que não se justifica por si mesma e sua coercitividade só pode ser exercida porque

existe um consenso coletivo anterior que a autoriza.

1.1 O QUE É RELIGIÃO

Pensadores como Immanuel Kant afirmou que o conceito de religião se fundamenta no desejo inato do ser humano de satisfazer os princípios éticos na sua totalidade. Na busca pela justiça, cada indivíduo se vê constantemente desafiado por suas inclinações e se fortalece na ideia de que Deus existe, de que a alma é imortal e de que a realização plena da ética coincide com a felicidade máxima do indivíduo (PASSOS, 2020)

Émile Durkheim em esforço sistemático analisou a religião partir da concepção de representações sociais que estruturavam mecanismos de controle social responsáveis pela integração do sujeito em algo que transcende as limitações individuais de cada integrante do coletivo. A partir da sua pesquisa das crenças e práticas de tribos aborígenes australianas, que criaram um sistema simbólico e normativo desenvolvido ao redor de um “totem”, um ícone venerado como “sagrado”. A religião representa, aí, uma instância reguladora da vida social.

Mais recentemente, Geertz (1978) caracterizou a religião como a concepção humana que insiste que os acontecimentos de vida não são aleatórios, mas se desenvolvem de acordo com determinados padrões subjacentes e assim se estabelece uma ordem geral de existência, com normas que o homem busca fielmente seguir.

Os pensadores citados mostraram-se sensíveis à percepção da importância normativa da religião em diferentes épocas históricas e ambientes culturais. O impacto das exigências religiosas sobre a organização da vida humana ou sobre determinados segmentos dela não repercute necessariamente em regras explícitas e diretrizes institucionalizadas (leis), mas inclui também costumes, convenções ou princípios morais.

CAPÍTULO II - A RELIGIOSIDADE E O HOMEM EM SOCIEDADE

Em qualquer sociedade, não se imagina ser possível que todos os homens pensassem de maneira uniforme no campo da metafísica, onde se encontra a

religiosidade. É muito diferente de convencer os homens da verdade da geometria, dois e dois são quatro.

Nas sociedades ocidentais trata-se do direito e da religião como desvinculados ou, até mesmo, antagônicos, ainda que se reconheça que muitos elementos constitutivos para o sistema jurídico moderno têm suas raízes na tradição judaico-cristã, onde a fé cristã entende o direito em função da justiça e a justiça cristã é mais que a formalidade da lei. Nas sociedades orientais, entretanto, os laços que unem religião e direito são bem mais claros e inquestionáveis.

2.1 O CONFUCIONISMO

Baseia-se em uma ordem institucionalizada por uma sequência de heróis que, devido a uma virtude extraordinária, estabeleceram uma “cultura” na terra, em função de acesso que teriam a determinados mapas, ou seja, plantas de origem celestial que contêm instruções sobre a organização do mundo humano. Essa organização ocorre por meio da criação de faixas circundantes ao redor da residência do imperador, que ocupa a posição central, zona de harmonia total com a ordem cósmica. Quanto mais se afasta dessa faixa, maior a desordem. A zona menos favorável é a dos bárbaros, que vivem na margem e regiões remotas do ponto de vista do Império do Meio.

O dever assumido pelo imperador é principalmente a manutenção da ordem, um dever assumido a partir do momento em que a ordem cósmica transfere ao líder do governo o chamado “mandato celestial”. Caso o portador da dinastia atual não consiga cumprir sua função, ele perde o mandato para o fundador de uma nova dinastia.

A doutrina confucionista surgiu pela necessidade de recuperação da ordem social diante do caos causado por guerras permanentes entre os estados feudais na chamada Época dos Reinos Rivais (770-221 a.C.)¹. Nessa ordem, o nobre não se

¹ O período dos Três Reinos é um período na história da China, marcado pela disputa militar entre três estados rivais, sendo eles os reinos de Wei, Shu e Wu. Cada estado foi dirigido por um Imperador que reivindicava a sucessão legítima da Dinastia Han. O reino da dinastia Han, com seus 400 anos de duração, é considerado geralmente um dos grandes períodos a história da China. Até hoje, a maioria étnica da China ainda diz ser “descendente de Han”. Durante a dinastia Han, a China transformou-se oficialmente num estado confucionista e progrediu em questões internas: a agricultura, o artesanato e o comércio floresceram, e a população chegou a 55 milhões.

define por sua origem em uma família renomada, mas por uma socialização bem-sucedida, seu pelo comportamento em relação a regras e costumes de convivência, nos variados papéis da vida privada (marido e esposa; pais e filhos; irmão mais velho e irmão mais novo etc.) e pública (soberano e cidadão; idoso e jovem; patrão e empregado etc.). Assim, à medida que os integrantes da sociedade fiel ao Confucionismo seguissem os padrões predefinidos, a ordem cósmica repercutiria no mundo humano (PASSOS, 2020).

2.2 O HINDUÍSMO

Apresenta-se como uma fonte rica para reflexões sobre a relação entre religião e normatividade. O *dharmasutras* é um compêndio que se origina daquilo “que foi ouvido”, um saber enraizado na profundidade da consciência humana em tempos primordiais e descoberto por videntes mediante a introspecção e aquilo “que foi atribuído” a autores concretos, entre 500 e 200 a.C., na Índia.

Esses últimos textos contêm os chamados *dharmashastras*, que prescrevem as condutas pertinentes de diferentes camadas da sociedade hindu. Se preocupam com normas comportamentais e princípios morais e trazem instruções sobre a postura correta em rituais e cerimônias e onde estão inseridas as famosas

*Leis de Manu*².

Também são fontes de normas hindus, os costumes dos virtuosos, daqueles que estudaram o Veda, em geral os membros das três primeiras castas, particularmente os brâmanes, integrantes da casta superior, vistos como guardas do dharma e no que diz respeito a uma conduta correta, servem como modelos para o resto da sociedade.

Por fim, a consciência do indivíduo de que suas ações estão de acordo com os preceitos do dharma é que vão balizar o seu comportamento social.

Por tudo isso, na Índia, as obrigações religiosas possuem particularidades conforme a região, a idade e a casta do indivíduo. Assim, uma ação correta para um guerreiro pode ser inoportuna para um negociante e o que é pertinente para um

Entrementes, o império estendeu a sua influência política, cultural, e o território sobre a Coreia, a Mongólia, o Vietname, e a Ásia central antes de finalmente desmoronar sob uma combinação de pressões internas e externas.

² Personagem semi-histórico venerado como primeiro legislador da humanidade.

homem pode não o ser para uma mulher (PASSOS, 2020).

O governo, no hinduísmo, baseia-se em um rei com status divino e sua autoridade se impõe sobre a população para que os cidadãos obedeçam e não abandonem seus compromissos para com as regras das suas respectivas castas: é dever dos *brâmanes* ensinar o veda e realizar os sacrifícios. Os *kshatriyas* são treinados para usar armas e defender o país. Os *vaishyas* cultivam os campos e criam o gado. Os *shudras* prestam serviços às outras classes. Essa organização da vida hindu é conhecida desde o século V a.C. Esse sistema de obrigatoriedades torna o hinduísmo uma expressão religiosa capaz de impor suas regras sobre a vida de seu povo.

2.3 O ISLÃ

Tem forte caráter normativo até no nome; significa “submissão”. Assim, a existência humana só tem valor na medida em que quando a soberania de Allah e a obrigatoriedade absoluta da sua vontade são reconhecidas. Deus é o único legislador da comunidade de muçulmanos.

Aqueles que confirmam pela fé e pela prática diária a sua submissão voluntária à vontade de Deus, conforme a revelação transmitida pelo profeta Mohamed são privilegiados e não há nenhum comportamento e nenhuma situação sobre a qual o Islã não teria uma regra de ação prevista para o muçulmano. Qualquer questão legal é ao mesmo tempo uma questão espiritual

O Alcorão é o único livro sagrado que contém a mensagem divina corretamente preservada, completa e autêntica em forma de 114 sutras. Nele consta que foi revelado pelo próprio Allah, comprovando sua origem celestial e que Mohamed é apenas o mensageiro de Deus. Normas de todos os tipos estão compiladas, incluindo advertência de que negócios fechados na sexta-feira no horário da oração coletiva são inválidos e a ameaça do inferno para quem se apropria de recursos de um órfão, regras de como abater animais do modo correto segundo o ritual, normas referentes à vestimenta e inúmeras prescrições a respeito da vida familiar.

Somente em caráter excepcional é permitida a manifestação humana no direito islâmico, quando de nenhuma forma se possa enquadrar um fato ao que

está descrito nessa mensagem divina; o caso a um colegiado de autoridades máximas da lei islâmica, que vai discuti-la até decisão consensual.

2.4 LEI DIVINA E LEI NATURAL – O DIREITO COMO OBJETO DA JUSTIÇA

Em sua obra O Tratado da Lei³, Santo Tomás de Aquino⁴, ainda na Idade Média, século XIII, afirma que a razão do homem regula a lei e que os atos serão bons ou maus conforme estejam conforme a razão divina ou a razão humana, (GALDÉRIO, 2009, p. 04) definindo a lei como ordem ou prescrição da razão para o bem comum, promulgado por quem tem a seu cargo o cuidado da comunidade”.

A lei natural é a manifestação da sabedoria divina que dirige os atos e movimentos de todas as criaturas. Ela se manifesta no homem em sua inteligência, tornando-o capaz de distinguir o bem do mal e na sua vontade, inclinando-o para o bem e tornando-o capaz de eleger os meios para obter os resultados de que necessita.

Em suas palavras: “Daí decorre que a lei natural é a mesma lei eterna, inscrita nos seres dotados de razão, que os inclina para o ato e o fim que lhes convém...”

A razão humana, que move cada indivíduo, ainda que proveniente de um mesmo “tronco”, pode ser distorcida pelas paixões, pelos maus hábitos ou ainda por fatores externos que influenciam no pensamento humano.

Existem preceitos morais naturais, como por exemplo a castidade e a temperança, que são objeto da lei natural, mas não do direito natural. Este dirige-se especificamente a virtude da justiça, a qual pressupõe alteridade.

Se é verdade que existe no homem uma certa disposição para a virtude, para que se dê a perfeição da virtude é indispensável uma certa disciplina. E para

³ Capítulo da primeira parte da Segunda Parte da Suma Teológica. Para a confecção da Suma, São Tomás utilizou os ensinamentos da Bíblia e dos padres da Igreja Católica, buscando lhes dar clareza e profundidade através do método dialético-escolástico, com ênfase na filosofia aristotélica. A obra é composta de perguntas e respostas, sobre variados temas.

⁴ Nascido no Castelo de Rocasseca, na Itália, e filho do Conde de Aquino, o jovem Tomás (1225 - 1274) abandonou a vida na nobreza para ingressar na ordem dos dominicanos, no ano de 1244, a fim de se dedicar aos estudos e à vida religiosa mendicante. Foi canonizado no ano de 1323 e declarado Doutor da Igreja em 1547 (LAUAND e SPROVIERO, 2013). Principal expoente da Escola Filosófica Medieval denominada Escolástica.

tanto existem as leis.

O Papa Leão XIII bem definiu o pensamento católico: “a lei natural está escrita e esculpida no coração de todos e de cada um dos homens, visto que esta não é mais do que a mesma razão humana enquanto nos ordena fazer o bem e intima a não pecar. Mas esta prescrição da razão humana não poderia ter força de lei, se não fosse a voz e a intérprete de uma razão mais alta, à qual o nosso espírito e a nossa liberdade devem estar submetidos. De facto, a força da lei reside na sua autoridade de impor deveres, conferir direitos e aplicar a sanção a certos comportamentos: Ora, nada disso poderia existir no homem, se fosse ele mesmo a estipular, como legislador supremo, a norma das suas ações”.

Para São Tomás de Aquino, as leis são necessárias para manutenção da paz e das virtudes dos homens e por meio da prática consciente e duradoura das virtudes e da consagração do bem comum acima do particular, é possível alcançar a justiça.

No entanto, a lei humana é estabelecida para uma multidão de homens, cuja maioria não é perfeita em virtudes e não proíbe todos os vícios de que o homem virtuoso tenha que se abster. Somente proíbe os mais graves, principalmente aqueles que caracterizam um prejuízo para os demais ou aqueles sem cuja proibição não sobreviveria a sociedade, como por exemplo, os homicídios e furtos.

Percebe-se, então, que há uma certa complementariedade entre lei positiva e lei natural, pois se é impossível ao homem proibir e castigar todos os males, a lei divina abrange absolutamente todos os atos humanos e proíbe todos os pecados.

A lei positiva humana classifica-se em eclesiástica e civil. Aquela, se origina na Igreja e é destinada ao bem espiritual dos fiéis, a última, emana do Estado, pela autoridade competente.

Como o homem só pode instituir leis sobre atos externos e o aperfeiçoamento da virtude exige que a perfeição dos atos humanos proceda desde o interior, a disciplina destes atos interiores só pode se dar pela lei divina.

O direito, enquanto objeto da justiça, constitui-se em dar a cada um o que é seu, ou seja, o seu direito. A lei determina o direito e a correta aplicação do direito constitui a justiça.

Entretanto, esse ‘seu’ não compreende apenas um conteúdo econômico,

como à primeira vista possa parecer. Nader (2013) explana que não se trata somente de propriedade, mas de algo próprio da pessoa como, por exemplo, um salário digno de seu trabalho ou uma pena proporcional ao delito praticado. De modo que, desde a infância, o ser humano começa perceber as primeiras luzes da justiça, isto é, quando passa a reconhecer aquilo que é ‘seu’.

Muitos entendimentos mudam, conforme a “evolução” do homem, assim, conseqüentemente, as leis humanas. Mas a lei de Deus, por ser divina, é absolutamente imutável, perfeita em si mesma, indelével. Não é um fato histórico, presente em um determinado momento, mas é permanente, não muda, porque é perfeita.

Para que pudéssemos distinguir a lei boa da má, a própria natureza (consciência) é nossa norma orientadora. Não apenas o justo e o injusto são discernidos pela natureza, mas também tudo o que é honesto e o que é torpe. Ela nos deu, assim, um senso comum, impresso em nosso espírito, para que identifiquemos a honestidade com a virtude e a torpeza com o vício.

Para Graciano⁵, a lei positiva deve ser honesta, justa, possível, útil e destinada ao bem comum; deve ser honesta porque não deve ir contra outra lei superior, a menos que esta seja contra a lei natural. Deve ser justa, conforme as variadas formas de justiça: legal, comutativa e distributiva.

A justiça distributiva é aquela que tem por objetivo conferir a cada um aquilo que lhe é devido, buscando aplicar a chamada igualdade proporcional, estabelecida de acordo com as peculiaridades dos sujeitos da relação (BITTAR & ALMEIDA, 2015). Essa espécie de justiça é comumente relacionada ao papel do Estado, a quem compete repartir bens e encargos aos membros da coletividade. Dessa forma, quando o Estado ministra o ensino gratuito, por exemplo, está desenvolvendo a justiça distributiva. (BITTAR & ALMEIDA, 2015)

Por sua vez, a justiça comutativa trata das relações entre particulares. Seu objetivo é restabelecer o equilíbrio de direitos e obrigações entre as partes. Um exemplo é o contrato de compra e venda; a equivalência no contrato é elemento

⁵ Um dos maiores juristas da Idade Média, professor da Universidade de Bolonha, aplicou o saber baseado no Direito Romano e em métodos dialéticos de seu tempo na criação de um compêndio de valor permanente para o direito da igreja, conhecido como *Decretum*, O Decreto. Por ele, em 1140 unificou o direito canônico.

indispensável para que as partes possam retornar ao *status quo ante*, medida por vezes necessária para repressão a eventual conduta lesiva. (Nader, 2013,)

Ao menos em tese, a Constituição Federal do Brasil se alinha com a Filosofia Tomasiana, quanto à importância dada à natureza humana. No direito positivo, o texto da Constituição traz dois referenciais significativos entre a finalidade da lei e o bem comum, tão enaltecido por São Tomás. O primeiro, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). O segundo, ao prescrever a promoção do bem de todos como um dos objetivos essenciais do Estado, salvaguardados uma extensa lista de direitos individuais, conforme art. 3º, IV e art. 5º.

O mesmo preceito pode ser extraído da Carta Encíclica VERITATIS SPLENDOR (O ESPLENDOR DA VERDADE), em que o Papa João Paulo II manifesta sua preocupação com o que intitula uma verdadeira crise, com ataques muito graves à doutrina moral da fé católica, por tendências “atuais” que estariam abalando não só a vida moral dos fiéis e da comunhão da Igreja, como também colocariam em risco uma convivência social justa e solidária.

Em outro trecho, mais claramente relaciona o mandamento do amor ao próximo como expressão singular da dignidade da pessoa humana e cita o Evangelho de São Lucas: “Sede misericordiosos, como também o vosso Pai é misericordioso” (Lc 6, 36).

Nesse sentido, os Dez Mandamentos fazem parte da revelação de Deus e ao mesmo tempo, ensinam a verdadeira humanidade do homem, enaltecendo os deveres essenciais e, indiretamente, os direitos fundamentais inerentes à natureza da pessoa humana.

Os preceitos negativos exigem, com uma força particular, a atitude de proteger a vida humana, a comunhão das pessoas no matrimônio, a propriedade privada, a veracidade e a boa fama.: “Não matarás, não cometerás adultério, não roubarás, não levantarás falso testemunho”.

Fé e moral, neste contexto, parecem formar uma aliança indivisível, mas se é possível decidir unicamente movido pela fé, sabe-se que no âmbito moral há um pluralismo de opiniões e de comportamentos, deixados ao juízo da consciência subjetiva individual ou à diversidade dos contextos sociais e culturais.”

O juízo de consciência foi abordado na Carta aos Romanos, especialmente em sua conexão específica com a lei: “Porque, quando os gentios, que não têm lei, cumprem naturalmente os preceitos da lei, não tendo eles lei, a si mesmos servem de lei. Deste modo, demonstram que o que a lei ordena está escrito nos seus corações, dando-lhes testemunho disso a sua consciência e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os” (*Rm 2, 14-15*). Nesse contexto, os profetas foram os primeiros fiscais da aplicação da lei, não só da prática da lei de Deus, mas também da prática da lei pelos governantes.

“A lei moral provém de Deus e n'Ele encontra sempre a sua fonte: em virtude da razão natural, que deriva da sabedoria divina, ela é simultaneamente a lei própria do homem. De facto, a lei natural, como vimos, não é mais do que a luz da inteligência infundida por Deus em nós. Graças a ela, conhecemos o que se deve cumprir e o que se deve evitar...” (Concílio Vaticano II, Constituição Pastoral - *Gaudium et spes*, 41)

Segue a Carta, ao esclarecer que a autonomia da razão (do homem) não pode significar a criação, por parte dessa mesma razão, de valores e normas morais segundo as contingências da história ou das diversas sociedades e culturas.

Em outras palavras: “... não comas da árvore da ciência do bem e do mal, porque, no dia em que comeres, certamente morrerás” (*Gn 2, 17*). Se não existisse nenhuma verdade última a guiar e orientar a ação política, então as ideias e as convicções políticas poderiam ser facilmente instrumentalizadas para fins de poder.

Uma democracia sem valores converter-se-ia facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado, como a história demonstra, porque a *aliança entre democracia e relativismo ético*, afasta o porto seguro da referência moral na convivência civil.

CAPÍTULO III - A RELIGIOSIDADE DOS POVOS ANTIGOS

3.1 NA ROMA ANTIGA

O pensamento greco-romano da Antiguidade se movimentava dentro do panteísmo, que é uma visão de mundo pela qual o universo é um Grande Deus e a

justiça ontológica indica o existir em sintonia consigo mesmo e com o universo cósmico-divino. A pessoa justa dentro de si em virtude da contemplação e imitação do Divino será justa em seus atos sociais, nada subtraindo a ninguém.

A primeira lei escrita apareceu em Roma ao redor de 460 a.C., após um período arcaico de leis consuetudinárias e orais sobre matrimônio, família e propriedade.

O imperador Justiniano, na Constantinopla de 509 d.C., encarregou o jurista Triboniano, de reunir uma comissão de juristas destinada a compor o *Corpus iuris civilis* (Corpo do Direito Civil). Sua função seria ordenar a multidão de leis criadas desde a fundação de Roma até o momento, quando o direito escrito já contava mil anos de existência.

Interessava à Igreja medieval e ao papado a construção urbano- econômico-social de uma Europa obediente à vontade de Deus. No entanto, a construção da Europa nova em moldes cristãos exigiu uma razão, uma ciência e um direito a serviço da ética bíblica. Assim sendo, a universidade, a primeira foi a de Bolonha, se constituiu em ferramenta primordial de um imenso projeto de civilização evangélica.

O cristianismo foi absorvido por parte do Império Romano, sendo inclusive declarado como religião oficial. Além de ratificar o elemento do patriarcalismo já existente, confirma igualmente a monogamia e a função social da família, como núcleo formado a partir de dois cônjuges de sexo oposto e seus filhos.

A submissão da vontade da mulher é expressa também quando da orientação pela não realização do aborto, de forma que restam comprometidos tanto a autonomia feminina sobre o próprio corpo, como igualmente o planejamento familiar.

3.2 RELIGIÃO SEM DEUS

A convicção religiosa de Dworkin⁶, exposta em sua última obra é que, com

⁶ Ronald Myles Dworkin foi um filósofo, jurista e estudioso do direito constitucional dos Estados Unidos. Defendeu uma "leitura moral" da Constituição dos Estados Unidos e uma abordagem interpretativista do direito e da moralidade. A atividade como intelectual público estendeu o impacto de suas ideias para além do mundo puramente acadêmico, influenciando profundamente uma geração de juristas e marcando o debate de ideias sobre grandes temas contemporâneos como

ou sem Deus, todo homem deve procurar seus valores e buscar fazer o bem. Essas atividades o levarão a conquistas pessoais que formam, no conjunto, uma obra de arte. E a igualdade é o meio pelo qual se permite que cada sujeito seja livre e tome suas próprias decisões.

Com oportunidades iguais, cada sujeito pode se dedicar a uma área de estudo, escolher uma profissão, escrever contos, poesias, ou nada escrever. Com igualdade, cada sujeito é livre para acreditar em Deus, seguir a religião que quiser, ou não se filiar a nenhuma delas. Em todos os casos, o que cabe ao Estado é garantir que as escolhas possam ser feitas pelo cidadão, sem pressões, incentivos ou punições. (Kozicki e Pugliese, 2013)

Para o autor, a religião é mais profunda que Deus, é uma visão de mundo que detém um valor que a tudo permeia, inspirada no universo e em suas criaturas. A vida humana tem um propósito e o universo tem ordem. Observe-se que a presença de um deus não é parte da definição de religião. Acreditar em Deus é apenas uma das manifestações ou consequências da visão de mundo.

A convicção de que os deuses subscrevem determinados valores pressupõe um compromisso anterior com estes próprios valores. Isto é: o compromisso prévio com os valores pode ser firmado por todos, independentemente do Deus em que acreditam e também pelos ateus.

Em relação à atitude religiosa, o autor entende que a vida humana tem um significado ou um motivo; cada pessoa tem a responsabilidade de cumprir determinadas tarefas em vida, obrigações morais, éticas, profissionais, dentre outras, e o farão de acordo com a sua fé.

De outro lado, cada religião tem sua própria explicação para a criação do universo, a origem dos valores e da beleza, do sobrenatural, sendo que nas religiões teístas os protagonistas costumam ser as divindades, como Gaia e Urano, na Grécia, ou o Deus católico, que criou o mundo em sete dias. Assim, quem acredita em Deus tem um conforto maior para explicar os fenômenos da natureza, pois podem atribuir os eventos à vontade de um ser superior, enquanto o

Aborto, Eutanásia, Liberdade de Expressão, Democracia, Eleições, Ação Afirmativa, Desobediência Civil, Feminismo, Pornografia, etc. Sua última obra, em 2013, foi "Religion Without God". Na época de sua morte, ele exercia a função de professor de Direito e Filosofia na Universidade de Nova York e de jurisprudência na University College London.

fundamento dos ateus volta-se para um realismo científico.

Esse realismo foi exemplificado brilhantemente utilizando princípios básicos da matemática: existem verdades que não podem ser provadas fora da própria matemática. Afirmações elementares, como “1+1=2” são verdades apenas porque a matemática assim nos diz, e a partir dela outras verdades muito mais complexas se constroem. O problema é que, se deixarmos de acreditar nos elementos fundamentais da ciência, perdemos a capacidade de acreditar nas respostas oferecidas. A crença na matemática é o exemplo de que o ser humano crê, nos mais diversos aspectos de suas vidas, e uma parte deste conjunto não é renegada em nenhum momento. (KOZICKI e PUGLIESE, 2013, p.333).

As convicções pessoais também representam compromissos emocionais, o que equivale dizer que as convicções morais estão no plano de fatos psicológicos, presentes em todos os seres humanos, ainda que no plano moral haja importantes divergências.

A falta de consenso no plano ético é um ponto positivo, pois permite que cada sujeito sustente suas próprias convicções e as comunidades podem sobreviver a grandes discórdias sobre questões morais, éticas ou estéticas, mas não a discussões elevadas no plano religioso.

Dworkin (op.cit., p.328) trata a guerra religiosa como uma maldição que faz os seres humanos lutarem uns contra os outros, extremamente grave, na medida em que a motivação é bem menor do que o significado de religião, pois os povos odeiam os deuses dos outros, não as suas convicções.

Em todos os campos do conhecimento, o homem aceita que a última forma de verificação da verdade, ou do que é correto, está em uma convicção, em uma crença. A fé de cada um na realidade do mundo faz com que, mesmo que todos os julgamentos estejam errados, cada pessoa tenha o direito de se considerar correta se ela tiver refletido sobre o assunto com responsabilidade.

Nesse princípio se pode identificar claramente a base do direito de opinião, da liberdade religiosa, da livre expressão, tão bem amparados pelo artigo 5º, incisos IV, V, IX, XIV, XXXIII, e no artigo 220 da Constituição Federal de 1988.

Cada sujeito é livre para formar suas crenças e definir sua personalidade, mas existe um conjunto de valores caros à humanidade que precisa de proteção.

Ao se voltar para este problema, Dworkin se vê diante de uma questão jurídica relevante: como dar efetividade à liberdade religiosa sem restringir direitos ou favorecer determinadas religiões? Como reduzir os conflitos religiosos?

3.3 A CIDADE ANTIGA

As primeiras formas de religiosidade dos povos antigos eram vivenciadas de forma particular, individual ou familiar. As cidades, como organização do espaço coletivo ainda não existiam, em uma época pré-clássica, muito antiga. Coulanges⁷ reuniu pesquisas históricas, análises etimológicas e documentais, esculturas, pinturas e outros objetos para compor o cenário social da época.

Mas, existiam entidades familiares dispostas de maneira esparsa, que expressavam sua religiosidade por meio de cultos domésticos, praticados por cada família em separado e segundo os preceitos de cada uma, ministrada exclusivamente pelo pai, regente da família. Era até mesmo proibido, a interferência de um culto sobre outro.

Durante os rituais, eram reverenciados os membros falecidos da família e também o Deus Lar, fogo sagrado situado no interior da casa, a quem eram dirigidas preces e pedidos de sabedoria e castidade. Os filhos homens tinham o dever de zelar pelo pós-vida de seus antecessores.

O ponto em comum entre as famílias era a crença numa segunda existência depois da presente. Por acreditar em existência após a morte, muitas vezes enterravam o parente morto com seus pertences e até mesmo com os escravos, porque acreditavam que estes continuariam sendo úteis ao dono falecido.

Os mortos, então, se transformavam em divindades e o solo onde sepultados, solo sagrado, de modo que quando o falecido era enterrado, ocorria uma associação indissolúvel entre a família e a terra sobre a qual estava estabelecida. Era preciso deixar uma faixa de terra neutra e sem dono entre as casas, pois se os terrenos vizinhos se confundissem as religiões se contaminariam uma com a outra, o que era terminantemente proibido.

⁷ Numa Denis Fustel de Coulanges foi um historiador francês, positivista do século XIX. Sua obra mais conhecida é A Cidade Antiga, publicado em 1864. Título original *La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*.

Os ritos matrimoniais também respeitavam as regras desta religiosidade. A mulher ao ser desposada abandonava a religião professada na casa dos pais e aderira à religião do marido, já não era possível ter duas crenças ao mesmo tempo. A noiva era entregue ao pretendente por seu pai. Em seguida, o noivo segurava a futura esposa no colo, simulando um rapto. Ela, por sua vez, deveria lançar gritos e as mulheres que a acompanhavam deviam tentar defendê-la, entoando hinos e cânticos.

O ato deveria parecer forçado e involuntário, para não ofender o deus deixado pela noiva. O rito matrimonial se concluía com os nubentes invocando preces e dividindo bolo, pão e frutas diante do fogo sagrado da nova casa.

A adoção também era organizada de modo a seguir e a permitir a continuidade do culto familiar. Aquele que não havia deixado descendente varão, podia e devia adotar um filho para garantir que as homenagens fúnebres fossem devidamente realizadas. Isto significava a oferenda periódica dos repastos e que as preces deviam ser invocadas segundo a tradição dos antepassados daquela família. (ANANIAS, 2016).

Na época, o direito sucessório era exercido exclusivamente pelos homens. Aquele que recebia os bens do *de cuius* ficava também responsável por prestar as homenagens póstumas aos seus antepassados e a prosseguir os ritos religiosos da família. Como a mulher não era a protagonista dos ritos religiosos, a linhagem feminina era excluída do direito sucessório e se permanecesse solteira até a ocasião da morte do pai, deveria estar sob a tutela de seu irmão ou de algum parente homem mais próximo. Assim, as gerações sucedem umas às outras com a obrigação de perpetuar a guarda da propriedade e da religião doméstica.

Assim, as primeiras características do homem com o direito de propriedade, sucessão e casamento, entre outros institutos, tiveram seus primeiros regramentos na religiosidade. As famílias foram reunindo-se em tribos e as tribos foram associando-se de modo a constituir as cidades.

No início das cidades, havia o respeito à independência religiosa das famílias e das tribos que mantinham sua autonomia para proceder à ritualística de seus cultos. A forma e o local, onde se estabeleceria a cidade dependia de sinalizações favoráveis dos deuses.

3.4 A REFORMA PROTESTANTE

A Reforma Protestante, foi um movimento reformista, iniciada no século XVI pelo monge católico Martinho Lutero, insatisfeito com posições políticas e teológicas impostas pela Igreja Católica e em especial, a venda de indulgências.

Parte da nobreza entendeu existir aí uma oportunidade para quebrar o vínculo de autoridade exercido pelo Papa, que ia além do campo religioso e que sustentava politicamente os reis da Europa. O rompimento significaria assegurar mais poder aos nobres, sem a necessidade de submeter-se à autoridade da Igreja.

Do ponto de vista teológico já se questionava a Igreja, seu enriquecimento, a venda de indulgências, o acúmulo de poder político e o desvirtuamento dos ensinamentos de Jesus. Lutero não desejava tratar a justiça distributiva ou retributiva. Seu conceito de justiça de aproximava ao do apóstolo Paulo; os méritos de Cristo reverteriam a quem Nele crê. Lutero escreveu um documento conhecido como 95 Teses, em 1517, com objetivo de debater essas práticas e convocando à Reforma, dentro da própria Igreja Católica. Em seus escritos defendia que a Bíblia era a referência para os fiéis e a salvação seria obtida sem precisar das indulgências. Enquanto era excomungado e perseguido pela Igreja Católica.

Ao mesmo tempo, os humanistas buscavam despertar o espírito crítico e a invenção da imprensa permitiu a difusão das ideias de Lutero pela Europa. Assim, parte do cristianismo desligou-se da Igreja Católica dando origem ao Protestantismo.

João Calvino⁸, foi outro reformador. Ele fez de Genebra, um modelo de cidade protestante, onde as leis garantiam um padrão de conduta e foram pioneiras em exigências de proteção e civilidade na Europa. Como exemplos, não era permitido fazer fogo em quartos sem chaminés, a colocação de grades em escadas era obrigatória para proteção de crianças, mercenários não podiam ser recrutados como soldados e havia normas para garantir preços justos e honestidade nos negócios (Magalhães Filho, 2017, p. 74).

Na época em que ocorreu a Reforma Protestante, na Europa, a cerimônia de

⁸ Teólogo e líder religioso francês, fundador do Calvinismo. De origem protestante, impunha hábitos austeros e puritanos aos seus seguidores. Em 1536, publicou sua obra fundamental, "Instituição da Religião Cristã", em que negava o livre-arbítrio, os únicos sacramentos que admitia eram o batismo e a eucaristia. (<https://www.ebiografia.com/>).

coroação de um monarca era realizada com a bênção da Igreja. A religiosidade era utilizada para demonstrar aos súditos que o poder do rei era supremo, pois sua soberania era determinada pela vontade de Deus.

Nesse contexto, o rei inglês Henrique VIII, foi um católico fervoroso (idem, p. 97), mas, após o Papa ter recusado o pedido para anular seu casamento com Catarina de Aragão, casou-se secretamente com sua amante, Ana Bolena e rompeu com a Igreja romana.

O parlamento Inglês, que já vinha tomando ações de separação gradual da Igreja de Roma, elaborou o Ato de Supremacia (1534) declarando que Henrique VIII era "o único chefe supremo da Igreja na Terra" e cinco anos depois, aprovou a Lei de Seis Artigos, a codificação dos princípios básicos da Igreja Anglicana (idem, p. 105).

Como se percebe, o Protestantismo foi sendo amoldado conforme as especificidades de cada País ou região, ramificando-se em congregações batistas, de presbiterianos, metodistas, luteranos, calvinistas, anglicanos etc. No Brasil, mais de 20% da população identifica-se como "evangélica", denominação que agrupa igrejas teologicamente nascidas do protestantismo (SILVA, 2020).

3.5 RELIGIOSIDADE E DIREITO NO SÉCULO XXI

O envelhecimento das leis é fenômeno natural, já que a sociedade avança em rápida e constante transformação e como observa uma respeitada doutrinadora, "a finalidade da lei não é imobilizar a vida, cristalizá-la, mas permanecer em contato com ela, segui-la em sua evolução e a ela se adaptar"(DIAS, 2006).

Como uma das mais antigas instituições sociais existentes, o núcleo familiar segue protegida pelos grandes sistemas jurídicos vigentes, e, pode-se dizer, é considerado o responsável pela perpetuação da própria sociedade de maneira que a tutela estatal visa exatamente garantir a transmissão do patrimônio imaterial (valores, princípios, cultura) e material (herança) imanente a cada família que emerge do matrimônio.

As principais origens e a continuidade dessa instituição estão

inegavelmente relacionadas ao elemento religioso. Mesmo em Estados ditos laicos, é possível perceber fortes traços de influência religiosa na delimitação do que se entende por 'família'.

A emancipação feminina e as lutas por igualdade de gênero dentro e fora da família, os novos métodos contraceptivos, a legalização do aborto, admissão da família monoparental, o reconhecimento de uniões homoafetivas e de uniões realizadas fora dos moldes do casamento religioso foram algumas das mudanças que certos países dos Sistemas Jurídicos do Common Law e Civil Law adotaram nas últimas décadas.

Por outro lado, o Direito Islâmico tem a Sharia como uma de suas fontes principais. É a Lei, de caráter e origem divinos e que abrange não somente o direito, mas um conjunto de normas e prescrições reveladas e que indicam ao muçulmano e à sua comunidade qual o caminho a ser seguido.

As fontes de que emanam e em que devem ser buscadas as normas da Sharia são o Alcorão, livro sagrado que contém as revelações de Deus ao profeta Mohamad, e a sunna, ou a tradição, conjunto dos dizeres (ahadith) e comportamento do profeta que, naturalmente, agia inspirado divinamente e era imune ao erro. Assim, todas as questões relativas à personalidade jurídica e à capacidade de realizar atos jurídicos, casamento, divórcio, filiação, guarda dos filhos, regime de bens, sucessões, tendem a continuar regidas pela Sharia.

A formação de um núcleo familiar dentro de um Sistema como o Islâmico é basicamente regido com base nas morais da Sharia, da sunna e do próprio Alcorão. O papel que as mulheres ocupam nas famílias, os direitos que elas possuem, as diferenças entre homens e mulheres nas questões de sucessão, a prática da poligamia permitida apenas aos homens (inspirada pela vida do profeta), a condenação da prática da homoafetividade, entre outros são fatores que deixam clara a forma como a concepção de família está intimamente ligada ao aspecto religioso.

A maioria desses Estados dota-se de poder judiciário organizado e laico chamado a dirimir todas as questões legais, civis ou penais. No que respeita à aplicação da Sharia, ainda que seja apenas no que se refere ao estatuto pessoal, a opção faz-se entre comandar essa aplicação por esses tribunais laicos ou delegar

essa função aos tribunais religiosos ou simplesmente aos homens de religião.

CAPÍTULO IV – BRASIL- ESTADO LAICO

Quando um Estado afirma como Estado laico, no entanto, a exemplo do que fez o Brasil, tem o compromisso de separar Estado e religião e de proteger a liberdade religiosa, garantindo esse direito a todos os seus cidadãos. Dessa forma, pessoas de qualquer crença têm o direito de disputar os cargos de autoridade máxima do Estado, como o de presidente.

Além disso, não cabe ao Estado brasileiro influenciar em qual deve ser a crença de seus cidadãos, concedendo privilégios a grupos de determinadas crenças, como no caso dinamarquês. Por fim, as políticas públicas não devem ser pautadas por crenças religiosas, ou seja, decididas conforme o que é ou não aceitável dentro de determinada religião.

O Estado deve assegurar que todos os cidadãos se sintam representados pelo governo, independentemente de suas crenças individuais.

Argumento utilizado pelas pessoas que não acreditam que o Brasil seja realmente laico é que a Constituição de 1988 cita Deus logo em seu preâmbulo, como você pode ver abaixo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus. (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL).

Porém, segundo o então ministro Carlos Velloso, em comentário sobre seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2076 de 2002, por ele relatada, o preâmbulo da Constituição não cria direitos e deveres e, portanto, não tem força normativa.

Esse relato foi dado depois de o Partido Social Liberal – PSL entrar com a

ADI em 2002, alegando que a constituição estadual do Acre contrariava a constituição do país por omitir de seu preâmbulo justamente a expressão “sob a proteção de Deus”. De acordo com Velloso, a expressão reflete simplesmente um sentimento religioso.

Por outro lado, em situação semelhante, conforme resgatado em estudo realizado pelo advogado Wesley Pereira dos Santos, o Jornal “Diário do Pará” (edição 10.352 de 13/11/2012, caderno B), em 2012, registrou como o Ministério Público Federal de São Paulo – Procuradoria Geral dos Direitos do cidadão pediu a remoção da frase “Deus seja louvado” das notas do real.

No caso, segundo o Procurador da República Jefferson Dias não existe uma lei autorizando e impondo a frase nas cédulas, e sua existência fere o Estado laico ao desrespeitar as demais crenças brasileiras. Ele propõe a seguinte reflexão: “Imaginemos a cédula de real com as seguintes expressões: ‘Alá seja louvado’, ‘Buda seja louvado’, ‘Salve Oxossi’, ‘Salve Lord Ganesha’, ‘Deus não existe’. Com certeza haveria agitação na sociedade brasileira em razão do constrangimento sofrido pelos cidadãos crentes em Deus”. KACHAN, F., CARVALHO, T. d., & FIGUEIREDO, D. (2019).

Apesar dessas polêmicas, a legislação é clara em afirmar que o Brasil não pode manifestar preferência religiosa ou privilegiar uma religião específica (artigo 19 da Constituição de 1988). Ou seja, poder público e religião não se confundem: o Estado, portanto, conforme a legislação brasileira, é laico.

4.1 INTOLERÂNCIA RELIGIOSA É CRIME

A constituição federal 1988, no artigo 5º, inciso VI – fala de liberdade de consciência e crença ressalta que “[...] É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”

Ao tratar do sentido da tolerância, Baggio cita a compreensão de Norberto Bobbio:

[...] reforça a convicção de que o elemento central desse ideal está no fato de que o seu acolhimento proporciona a segurança da convivência pacífica, ainda que as opiniões ou crenças sejam

irredutíveis a uma só, após o seu embate. Isso porque haverá sempre a garantia, no mínimo, de que aquele que se expressa ou pensa nos termos das convicções ou credos menos compartilhados, não será perseguido ou eliminado, e, mais, a segurança de que na máxima medida do que for possível será ele mesmo preservado e respeitado – justamente porque se crê no seu direito até mesmo de errar, em certa e até larga medida, como expressão de respeito à sua autonomia (BAGGIO, 2010, p. 73).

Ou seja, a intolerância, além de representar uma clara afronta ao pacto de convivência social plural – o que por si só induz a um perigoso desvio do desejo social – faz mais, pois dá forma vulnerável às bases indispensáveis para a segurança da convivência pacífica. Assim, atos de intolerância, mesmo os que se apresentam revestidos por simulações, maculam o direito de expressar opiniões e crenças.

Veja que alertas sobre os perigos da intolerância religiosa já constavam no Tratado sobre a Tolerância, de Voltaire:

“Para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; os erros somente são crimes quando perturbam a sociedade; eles perturbam a sociedade desde que inspirem fanatismos: é preciso, portanto, que os homens comecem por deixar de ser fanáticos a fim de merecer a tolerância.” (VOLTAIRE, 1763)

Tribunais do Santo Ofício, na Igreja Católica, que pretendia ser a única e o Sinédrio, Tribunal Judaico que julgando, interpretando e aplicando os princípios da Lei de Moisés, fiscalizavam seitas e perseguiam movimentos religiosos, inclusive os seguidores do Evangelho de Jesus Cristo.

Garantir a liberdade de crença e consciência no Brasil, é garantir a pluralidade de um país composto por povos das mais diversas origens, e, portanto, com culturas, tradições, crenças, folclore e religiões diferentes. Segundo dados do Censo de 2010 do IBGE, a população brasileira é composta por nove crenças principais: budista; católica apostólica romana; espírita; evangélica; hinduísta; islâmica; judaica; sem religião; umbanda; e candomblé.

No Brasil, existe um marco teórico e legal para o estabelecimento de relações pluriculturais, o respeito à diversidade étnica e religiosa e a livre direito

de opinião e expressão. A Constituição Federal de 1988 fez muito ao abrir uma brecha necessária em um muro que, anteriormente, cerceava os direitos e, portanto, o reconhecimento da cidadania:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...] Direito à opinião e à expressão 16 V – o pluralismo político. [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; [...]. (BRASIL, 1988).

Segundo o relatório “Liberdade Religiosa no Mundo” de 2016, da ACN⁹, entre 2011 e 2014, foram registradas 543 denúncias de violações de direitos por discriminação religiosa pelo Disque 100 (Disque direitos humanos). Em 216 desses casos os denunciantes informaram a religião da vítima: 35% eram praticantes de candomblé e umbanda, 27% eram evangélicos, 12% espíritas, 10% católicos, 4% ateus, 3% judeus, 2% muçulmanos e 7% pertencentes a outras religiões.

⁹ A ACN (*Aid to the Church in Need em inglês*) é uma Fundação Pontifícia com sede no Vaticano, que foca sua assistência na Igreja, onde ela é mais carente ou perseguida. Mais de 60 milhões de pessoas são beneficiadas – todos os anos – por meio dos mais de 5 mil projetos apoiados pela ACN em cerca de 140 países, incluindo o Brasil. Os projetos auxiliados pela ACN são os mais variados possíveis no campo pastoral, que vão desde o subsídio para a formação de seminaristas, padres e religiosas; material catequético; construção e reconstrução de igrejas e capelas; transporte para religiosos; recuperação de jovens dependentes químicos como nas Fazendas da Esperança; barcos para missionários no Amazonas; construção de escolas e casas para refugiados no Oriente Médio e muito mais.

Conforme trazido pelo Estudo referente ao Brasil, da ACN, os dois tipos de ataques mais frequentes são: (i) agressões verbais ou físicas e (ii) depredação de espaços sagrados.

Os casos contra os indivíduos que professam religiões de matriz africana, como o Candomblé e a Umbanda, se tornam ainda mais expressivos ao recordarmos que eles representam somente 0,3% da população brasileira. Segundo a ACN, apesar de serem absoluta minoria, 41,5 a 63,3% das denúncias, dependendo na fonte de análise, são provenientes desse grupo.

Outros dados importantes são os do Relatório sobre Intolerância e Violência Religiosa no Brasil, realizado no âmbito do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos e divulgado em 2015. O relatório levantou dados relatados pela imprensa escrita; de casos que foram motivo de denúncia em ouvidorias e que chegaram ao judiciário.

De acordo com ele, entre 2011 e 2015, foram apuradas 409 notícias escritas referentes ao tema de violência e intolerância religiosa. Destas, a maioria (24%) era referente a casos de depredação (ataques a imóveis ou objetos sagrados). Casos de agressão física representavam 23%; casos de ataques que impediam a realização de atividades no cotidiano, também 23%. Os outros 30% se dividiram em intolerância e violência nas mídias e redes sociais (10%), na escola (9%), relacionadas à laicidade e ateísmo (5%), no trabalho (3%), relacionadas ao racismo (2%) e em questões fundiárias, de terra e propriedade (1%).

Mas, ressalte-se, já houve grande evolução, considerando-se, por exemplo, que a partir de 1890, ser espírita no Brasil era crime punido com detenção de 1 a 6 meses e multa e os efeitos práticos desse artigo se estenderam até a década de 1960 (mesmo com as alterações do Código de 1940).¹⁰

O Brasil continua apresentando conflitos na esfera governamental referentes ao conceito de laicismo e sua aplicação nas políticas públicas. O debate é semelhante ao encontrado em outros países ocidentais e diz respeito sobretudo a questões como aborto e casamento gay e ensino religioso confessional. Um novo

¹⁰ MUNIZ, Ricardo, Artigo, São Paulo: G1 Globo.com, 2010, disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL1554393-5603,00-SPIRITISMO+ERA+CRIME+NO+CODIGO+PENAL+DE+PUNIDO+COM+ATE+MESES+DE+PRISAO.html>, acessado em 24/05/2019, 10:50.

polo de conflitos está se formando com a crescente presença de missionários neopentecostais nos presídios, que está levando defensores da laicidade do Estado a pedirem normas que limitem a presença de grupos religiosos nas prisões brasileiras.

No caso do ensino religioso confessional, o Supremo Tribunal Federal, respondendo a uma ação da procuradoria Geral da União, entendeu que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, vinculado às diversas religiões.

Parte desses conflitos não são de natureza intrinsecamente religiosa, mas são afetados por questões religiosas e geram novos antagonismos entre grupos religiosos, tendem a se aprofundar com o aumento da polarização política que vem acontecendo no Brasil devido aos escândalos de corrupção. No país, um dos grupos legislativos considerados mais fortes é a bancada do boi, da bala e da Bíblia (bancada BBB), com apoio eleitoral das igrejas evangélicas e ligada a grandes grupos de interesse político.

Os ataques mais frequentes são de dois tipos: (1) agressões verbais ou físicas a pessoas importantes e reconhecidas na comunidade religiosa ou que portam adereços e símbolos religiosos; (2) depredação de espaços sagrados e destruição de objetos religiosos. No caso de agressões à pessoa, os locais mais frequentes são a rua ou a própria casa da vítima.

Segundo os praticantes de religiões afro-brasileiras, vem crescendo o número de ataques realizados por facções criminosas nos últimos anos. O problema já acontece desde a década de 1990, mas era pouco visível porque as vítimas tinham medo de denunciar os ataques. Recentemente, contudo, as ocorrências estão se tornando mais frequentes e visíveis. Traficantes de drogas, convertidos a religiões neopentecostais, proíbem a prática de religiões de matriz africana nas áreas dominadas por suas facções.

Ainda que não sejam muito frequentes, casos de discriminação religiosa praticadas por veículos de comunicação continuam acontecendo no Brasil. Em 2015, duas redes de TV já haviam sido condenadas por apresentar programas ofensivos às religiões afro-brasileiras. Em 2016, um jornal evangélico foi denunciado por publicar um artigo intitulado “Nome dos Demônios e em qual área

da vida eles atuam”, descrevendo alguns demônios com nomes de entidades ligadas às religiões afro-brasileiras. Também nesse ano, o Google foi intimado no Brasil a retirar do ar 23 vídeos de um canal intitulado “Islamismo Assassino”, por instigar a intolerância e a perseguição religiosa.

Um vereador comentou o fato no Facebook¹¹: “MACUMBA EM FRENTE À PREFEITURA. Se fosse um Culto ou uma Missa, essas mesmas pessoas estariam agora gritando que o Estado é laico”. O comentário foi considerado discriminatório porque macumba é um termo pejorativo para referir-se às religiões de matriz africana e a manifestação cultural não era um culto religioso.

Por outro lado, o comentário do vereador transmite uma percepção, real ou imaginária, da existência de uma discriminação velada sobre as religiões cristãs, ao dizer que “Se fosse um Culto ou uma Missa, essas mesmas pessoas estariam agora gritando que o Estado é laico”. Com o processo de crescente polarização que a sociedade brasileira vem sofrendo, grupos cristãos tradicionais e extremistas podem assumir atitudes intolerantes e agressivas para com outras religiões, particularmente com as afro-brasileiras. Como observa o antropólogo João Baptista Borges Pereira, professor aposentado da Universidade de São Paulo, uma religião “pode ser intolerante porque quer dominar ou porque é vítima da intolerância”.

Vejamos também um caso emblemático envolvendo aparente conflito entre liberdade religiosa e o direito de expressão, julgado pelo STF. No voto do relator, Ministro Edson Fachin, ficou firmado o entendimento daquela Corte sobre o limite do comportamento discriminatório criminoso:

A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4.No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a

¹¹ O incidente, envolvendo o vereador Filipe Barros (PRB), foi veiculado no Jornal Bonde News, Londrina (PR), em 16 de dezembro de 2016, em matéria do jornalista Auber Silva, disponível em <https://www.bonde.com.br/bondenews/londrina-vereador-eleito-e-denunciado-criminalmente-por-incitar-discriminacao-religiosa-429969.html>. Visualizado em 16.05.2020, 20:00 e foi divulgado pelo Relatório da Liberdade Religiosa 2018 – Brasil, da ACN (Aid to the Church in Need em inglês), uma Fundação Pontifícia com sede no Vaticano.

universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. 5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles; e, por fim, uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. (STF. RHC 134.682, 1ª, DJE de 29-8-2017).

O governo federal realizou, no período, três iniciativas de combate à intolerância religiosa: a Campanha Nacional Filhos do Brasil, de combate à violência e à intolerância religiosa (2016), a escolha do tema combate à intolerância religiosa para o ENEM (2016) a comemoração do Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa (21 de janeiro). No Brasil também são frequentes atividades em defesa da liberdade religiosa promovidas por grupos inter-religiosos, que congregam católicos, evangélicos, muçulmanos, judeus, budistas, espíritas e membros de religiões afro-brasileiras.



Campanha do Governo Federal #Respeito Basta Fonte RIVIR, 2016

Um caso brasileiro à luz das ideias de Dworkin: Trata-se de Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 389, de Minas Gerais, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual o Centro de Educação Religiosa e Judaica e um grupo de alunos que professavam o judaísmo discutiam decisão do próprio Supremo que havia negado o pedido de aplicação do Exame Nacional do Exame

Médio (ENEM) em data diferenciada, "compatível com o exercício da fé".

O pedido buscava alterar o dia de aplicação da prova, prevista para a manhã de um sábado, o que é conflitante com a tradição do Shabat – período que compreende o pôr-do-sol da sexta-feira até o pôr-do-sol de sábado, simbolizando o sétimo dia após a Criação.

O fundamento dos agravantes era o art. 5º, inc. VIII, da Constituição da República: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Ademais, sustentaram que o ENEM passou a ser um exame imperativo para o ingresso no ensino superior, perdendo seu caráter facultativo.

Assim, diante de sua obrigatoriedade, o grupo de judeus pediu a aplicação da prova em outro dia da semana, de modo a atender a convicção religiosa do Shabat e preservar a igualdade entre os candidatos.

Na decisão, o Min. Gilmar Mendes ponderou que a Constituição Brasileira não confunde neutralidade estatal com indiferença quando o assunto é liberdade religiosa. Com isso, buscou demonstrar a necessidade do Estado brasileiro se relacionar com as convicções religiosas. Mais do que isso, sugeriu que se promova "livre competição no 'mercado de ideias religiosas'", pelo que justificou ações estatais positivas em favor das confissões religiosas.

O contraponto do Min. Gilmar Mendes vem logo em seguida: essas ações positivas só se revelam legítimas se tiverem o escopo de manter o "livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não exista outro meio menos gravoso de se atingir esse desiderato". O argumento seguinte é o que mais se destaca: "deve-se também ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios ou favorecimentos".

À primeira vista, o Supremo não deixou de aplicar o princípio da igualdade para decidir o caso. O Min. Gilmar Mendes sustentou justamente que às religiões deve ser conferido, em primeiro lugar, um tratamento "como iguais", ao permitir o livre fluxo de ideias, mas ao mesmo tempo assegurar que cada religião tenha igualdade de tratamento (ou igualdade de oportunidades, como preferiu o

Ministro).

A Corte, porém, negou o pedido do Centro de Educação Religiosa sob o fundamento de que permitir a realização do ENEM em outro dia configuraria "privilégio para um determinado grupo religioso". Em outras palavras, haveria tratamento desigual entre os grupos religiosos que supostamente favoreceria os candidatos judeus. Além disso, salientou o Ministro que o Edital ofertava uma alternativa: confinar os candidatos que assim optassem por cumprir o "dia de guarda" e iniciar a prova após as 18 horas do sábado.

Até hoje, o edital anual do Exame (ENEM), divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) publica um edital que prevê a mesma medida paliativa aos sabatistas: confinamento das 13 às 19 horas para, somente neste horário, dar início à realização das provas. Toda a organização e estrutura do ENEM, portanto, cria exceções que prejudicam moral e fisicamente os candidatos judeus e sabatistas.

Embora o Min. Gilmar Mendes tenha fundamentado seu voto a partir do direito à igualdade, a verdade é que a decisão do Supremo não atende a este direito como concebido por Dworkin, pois deixou-se de considerar que o direito à igualdade pressupõe, de início, o tratamento das pessoas como iguais e, somente em seguida, o tratamento igualitário.

A decisão se fundamentou apenas na igualdade de tratamento, já que a providência judicial requerida configuraria "privilégio para um determinado grupo religioso". O Supremo deixou de observar que, na realidade, não era o requerimento judaico que configurava privilégio, mas sim o Edital do ENEM o responsável por criar uma desigualdade e violar uma convicção religiosa.

No que toca às religiões teístas, cabe à Administração reconhecer todo o conjunto de obrigações e responsabilidades sociais impostas a seus praticantes: "um governo que proíbe seu povo de respeitar esses deveres (religiosos) insulta profundamente sua dignidade e seu amor próprio". (Dworkin, apud Kozicki e Pugliese, 2013, p.339). O autor reconhece que o próprio Estado deve estabelecer limites para o exercício da religião, mas o fundamento para tanto é a proteção dos direitos dos outros.

Pela ótica de Dworkin (idem, ibidem) está-se diante de um costume religioso absolutamente incapaz de oferecer risco a terceiros. Da mesma forma,

não se concebe uma justificativa razoável para esta medida, nem como uma forma de proteção da natureza ou do bem estar social. Com essas observações, tem-se que a primeira parte do raciocínio do autor se confirma, pois o Shabat é considerado por diversos grupos religiosos como um dever sagrado. Resta saber se, para haver igualdade, é possível criar uma exceção ou aperfeiçoar a solução anteriormente proposta para acomodar os interesses.

A princípio, o estabelecimento de uma exceção, pura e simples, não é adequado para o caso. Aqui, a análise do Min. Carlos Ayres Britto parece adequada, pois alterar a data para apenas um grupo exige que outra prova seja aplicada. É muito difícil, porém, assegurar que duas provas diferentes tenham o mesmo nível de dificuldade, o que impede a avaliação imparcial dos candidatos.

A solução proposta é compatível com a afirmação teórica de Dworkin (idem, p.341) “se a exceção puder ser gerenciada sem um dano significativo para a política em jogo, então não é razoável negar esta exceção”. É possível respeitar as religiões e compor os interesses. Afinal, como observou o autor, existe um núcleo valorativo comum ou próximo entre todas as religiões, inclusive o ateísmo. Se todos partilham de valores que visam o bem estar e a vida, então é possível estabelecer um acordo. Celebrar Dworkin não é apenas enaltecer sua obra e seus feitos. Melhor do que isso é colocar suas teses em debate, aplicá-las em casos práticos e observar suas implicações.

4.2 DIREITO AO ATEÍSMO

Não ter uma religião também pode ser um problema. Segundo o relatório publicado pelo IHEU (International Humanist and Ethical Union), denominado Freedom of Thought (Liberdade de Pensamento), de 2013, que pesquisa os direitos das pessoas que não seguem nenhuma religião, há países no mundo onde ser ateu ou não seguir a religião oficial é considerado um crime.

De acordo com essa pesquisa, em 12 países do mundo o ateísmo pode levar até mesmo à pena de morte. Um dos exemplos é a Maldivas, onde você é obrigado a ser islâmico. Outro exemplo é a Nigéria, onde apesar da Constituição proteger a liberdade de consciência e de crença, esse direito é com frequência violado tanto pelos agentes do governo, como por grupos terroristas, como o Boko Haram.

Leitura bíblica agora é obrigatória nas sessões ordinárias da Assembleia Legislativa de Goiás. Rede TV! e igreja evangélica são processadas por atacar ateus em programa.

Para além de situações simbólicas, alguns dos casos elencados nesse grupo evidenciam uma discriminação pouco comentada: a praticada contra ateus e agnósticos por conta da sua não religiosidade. Como relatado em uma das reportagens: “os ateus também sofrem por vezes ameaças físicas ou são expulsos de seus empregos ou de suas próprias famílias quando tornam público seu ateísmo” e traz a fala de Renata Menezes, investigadora da antropologia da devoção na Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde a mesma afirma que “Os ateus sofrem muito (...) São vistos como gente sem moral, como um animal raro, são estrangeiros dentro do Brasil”(FRANCE, 2013)

4.3 INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: OS ÍNDIOS FULNI-Ô

Os índios Fulni-ô vivem na região por eles denominada Yatilyá, que compreende o município de Águas Belas, localizado a pouco menos de 300 km de Recife, em Pernambuco. O povo foi formado a partir de descendência de diferentes etnias que habitavam a região– os Fôla, os Foklasa, os Brobadáz, os Karapotó e os Carnijó. Todos esses povos indígenas sofreram, ao longo dos séculos, violência de diferentes tipos em decorrência da prática religiosa.

Atualmente os Fulni-ô somam o total de 4.687 índios, vivendo em três diferentes áreas da terra indígena que somam o total de 11.506 hectares: a aldeia principal, onde os índios habitam a maior parte do ano; a área da aldeia Xixiacla, onde residem aproximadamente 400 índios nascidos de um casal Fulni-ô; e a região do Ouricuri, localizada a 3 km da aldeia principal, onde se encontram todos os anos para viver a reclusão religiosa coletiva.



Foto: localização do município de Águas Belas-PE Fonte RIVIR 2016 p.17

Nesse ambiente, os índios revivem os ensinamentos sagrados dos ancestrais e praticam seus ritos e rituais, tudo profanado na língua própria, o Yathê. Os Fulni-ô são os únicos indígenas bilíngues de Pernambuco. A religiosidade dos índios Fulni-ô envolve elementos secretos, mas é certo que a estrutura social da comunidade se encontra totalmente fundamentada na religião, pois ela alicerça o modo de entender a educação, as relações de parentesco, a economia, a saúde, enfim, o modo de entender a vida.

A prática da reclusão coletiva é parte fundamental que integra a doutrina religiosa, sendo uma obrigação social e espiritual que todos os descendentes devem assumir com os espíritos ancestrais e com toda comunidade. O descendente que não seguir a regra da reclusão não é só considerado uma pessoa “pobre de espírito”, “sem conhecimento”, mas principalmente, não é considerada pessoa Fulni-ô, pois não vive sob os ensinamentos profanados durante a reclusão coletiva, e, portanto, não tem condições de compreender o viver indígena. “A espiritualidade de uma pessoa que frequenta o Ouricuri é diferente de uma pessoa que não frequenta”, explicam os índios. Além do mais, todas as coisas ditas no Ouricuri são profanadas na língua indígena de forma que quem não conhece a língua não tem como aprender os ensinamentos religiosos indígenas.

Na lógica Fulni-ô religião e língua são complementares. A instituição religiosa indígena do Ouricuri é grandiosa, possui no seu interior mais de duas mil casas de alvenaria, sem água potável e luz elétrica. Seu espaço é rodeado de símbolos naturais que fazem parte da cosmologia Fulni-ô, como a árvore do Juazeiro Sagrado.

Esta árvore é o ‘marco zero’ do local escolhido pelos indígenas para viver a religiosidade, pois tudo deve acontecer com a presença dela. Esse reconhecimento da sacra árvore permitiu que os índios dispersos nas violentas expulsões em que foram acometidos se reencontrassem todas as vezes que era chegado o momento da reclusão religiosa. A data certa para o encontro ritual depende do chamado do cacique e do pajé, mas geralmente ocorre entre os meses de agosto a dezembro (duração de 90 dias).

Doenças trazidas pelo contato, trouxe a redução do seu povo algumas vezes na história, especialmente, no surto de cólera que atingiu o Ouricuri no ano 1856, que reduziu o número de indígenas de 738 pessoas para 382 (VIANNA, 1966; PINTO, 1955); segundo, pela ganância pelas terras dos índios que provocou várias invasões ao ambiente sagrado, e de diversos outros espaços dos quais os índios levantavam acampamento no município. Todas as consequências dessas ameaças perpassam para a prática religiosa dos Fulni-ô, uma vez que para viver a reclusão coletiva é necessário que se mantenha a tranquilidade, o ambiente isolado e o espaço necessário para abrigar todos os seguidores da crença e as novas gerações de seguidores.

Nos tempos antigos, todos os anos os índios levantavam acampamento com palhas de Ouricuri para viver a reclusão coletiva. Para tal, começavam os preparativos dias antes da entrada no ritual, com a coleta da palha na Serra da Comunaty e a construção das cabanas. Faziam várias viagens a pé por cerca de 4 km carregando as palhas. Esta dedicação exclusiva para o acontecimento ritual irritava os poderosos da cidade.

Primeiro, em vista da pretensão na força de trabalho indígena, de forma que a tradição religiosa no Ouricuri atrapalhava tal objetivo; segundo, pelo próprio preconceito instaurado acerca dos mistérios dos índios sobre o que fazem no Ouricuri, num tempo onde era missão imbricar a tradição religiosa Católica por todo país. Para muitos, a reclusão Fulni-ô era um encontro “profano”, onde os índios agiam com “promiscuidade” e contra os ensinamentos cristãos (VIANNA, 1966).

A partir de tais motivos, muitas foram as perseguições para banir a religião Fulni-ô, assim como foram inúmeras as tentativas diretas de extermínio das pessoas indígenas nas violentas invasões que os brancos faziam aos acampamentos levantados pelos índios ao longo dos séculos. Seja por medo, preconceito ou intolerância, sempre havia quem não concordasse com as particularidades dos indígenas de Águas Belas.

O litígio entre indígenas e não indígenas pelas terras em Águas Belas permanece até os dias de hoje, bem como, o estranhamento com o ritual de reclusão coletiva no Ouricuri, demonstrando a insistência de conflitos na região

por questões que também envolvem o respeito à diversidade religiosa. Entretanto, as paulatinas conquistas do povo Fulni-ô em razão da prática da crença religiosa são importantes e ricas referência da garantia do pluralismo religioso no Brasil, e vem a demonstrar o quanto é possível vencer a intolerância, mesmo que esta encontre raízes há centenas de anos.

Entre as principais conquistas do povo Fulni-ô podemos citar as garantias de direitos trabalhistas que os possibilitam de se ausentar do trabalho durante o tempo em que passam em condições de reclusão; e a participação conjunta do Pajé, de um Padre e de um Pastor da cidade de Águas Belas em evento durante a festa de abertura oficial da reclusão no Ouricuri, um momento que une diferentes crenças em respeito a uma só.

4.4 SÍMBOLOS RELIGIOSOS NAS REPARTIÇÕES PÚBLICAS

A exposição de símbolos religiosos em edifícios públicos, por exemplo, já foi amplamente debatida. Muito disso em virtude da existência de crucifixos, por exemplo, em salas de aula de escolas públicas, em prédios de exercício do poder judiciário e até mesmo no próprio Supremo Tribunal Federal.



Alguns defendem a retirada de tais símbolos desses ambientes, argumentando que contradizem a laicidade do Estado. Um dos exemplos mais famosos desse grupo de pessoas pode ser encontrado no Processo 0139-11 que pleiteava a retirada de crucifixos e quaisquer símbolos religiosos em espaços judiciários destinados ao público, no Rio Grande do Sul.

Nele, o Desembargador Cláudio Baldino Maciel defende que “o Estado laico protege a liberdade religiosa de qualquer cidadão ou entidade, em igualdade de condições, e não permite a influência religiosa na coisa pública”, influência esta que ele entende que existe com os símbolos religiosos. Ao longo da construção de seu argumento, entre vários outros, o desembargador cita uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso Engel x Vitale, de 1962:

“Quando o poder, prestígio ou apoio financeiro do Estado é posto a serviço de uma particular crença religiosa, é clara a pressão coercitiva indireta sobre as minorias religiosas para que se conformem a religião prevalecente oficialmente *aprovada*” (FRANCE, 2013)

Por outro lado, existem aqueles que defendem que a exibição de símbolos religiosos não fere a laicidade ou liberdade religiosa do Brasil. Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça entendeu justamente isso, em um Pedido de Providências, na voz do Conselheiro Emmanoel Campelo.

“A presença de Crucifixo ou símbolos religiosos em um tribunal não exclui ou diminui a garantia dos que praticam outras crenças, também não afeta o Estado laico, porque não induz nenhum indivíduo a adotar qualquer tipo de religião, como também não fere o direito de quem quer que seja”. (Dário da Justiça/CNJ, 2016)

CAPÍTULO V – ELEMENTOS RELIGIOSOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

5.1 REPERCUSSÕES NO DIREITO PENAL

No campo da jurisprudência brasileira, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Eros Grau aderiu em várias de suas decisões aos ensinamentos de

São Tomás, referindo-se ao instituto da oculta *compesatio*. O ex-ministro o utilizou para justificar a aplicação do princípio da Insignificância ou Bagatela do Direito Penal nos casos em que o agente pertence à camada mais pobre da sociedade:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. TENTATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. OCULTA COMPENSATIO. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a oculta compensatio. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. O paciente tentou subtrair de um estabelecimento comercial mercadorias de valores inexpressivos. O direito penal não deve se ocupar de condutas que não causem lesão significativa a bens jurídicos relevantes ou prejuízos importantes ao titular do bem tutelado, bem assim à integridade da ordem social. Ordem deferida. (HC n. 97.189/RS, red. p/ o acórdão Min. Eros Grau, Segunda Turma, por maioria, DJe 14.8.2009)

No entanto, a forma como o ex-ministro tratou o instituto da oculta *compensatio* não confere com o ideal previsto por São Tomás. Isto porque o ex-ministro não levou em consideração os ditames da razão natural e da proporcionalidade.

De acordo com o pensamento tomasiano, “o roubo e o furto não são considerados infrações quando o indivíduo se encontrar em uma situação de necessidade, ou seja, quando sua vida estiver dependendo do objeto do roubo” (BITTAR, et al.,1998, apud SALUAN e GERMANO, 2018). Nesse caso, o Aquinate¹² aborda principalmente a questão do furto famélico, que é considerado fato atípico no ordenamento jurídico brasileiro, e não simplesmente à posição social e econômica em que o agente se encontra.

Aliás, o entendimento consolidado pelo STF quanto ao princípio da Bagatela é o de que a condição econômica da vítima, aliada a outros fatores objetivos e subjetivos, pode levar à aplicação do referido princípio, excluindo-se a tipicidade material da conduta. Mais uma vez, nota-se que a condição econômica do agente

¹² AQUINATE: Conjunto da obra de Santo Tomás de Aquino e os estudos a ele relacionados. Também é o gentílico de quem é oriundo ou pertencente ao Condado de Aquino. Aqui e muito comumente, se refere à própria pessoa de Tomás de Aquino.

não está no rol.

Com efeito, se tal característica fosse levada em consideração, prejudicaria absurdamente a eficácia da sanção prevista em lei, haja vista que é mais óbvio e corriqueiro o que tem menos subtrair de quem tem mais. A maneira como o ex-ministro usou o instituto da oculta *compensatio* vai ao encontro daquilo que é hoje denominado de justiça social.

Nessa corrente, o mais favorecido econômica e socialmente tem o dever de liberalidade para com os mais pobres. Isto é, aquilo que não se reportar como necessário deve ser partilhado com os menos favorecidos. Neste gesto se caracteriza a caridade como um complemento da justiça, virtude também prevista na Suma Teológica.

No entanto, está fora do âmbito do Estado a ação de obrigar à prática dessa caridade, ou de proibi-la, ou sancioná-la. Do contrário, estar-se-ia a sacrificar a liberdade a fim de se redistribuir a renda.

De fato, o Estado deve criar subsídios para os necessitados, mas não entregar os bens àqueles que têm condições de manter-se por si e para si. A ajuda deve ser apenas na medida do indispensável. Na visão Tomista, ao contrário, a mão da justiça deve agir de maneira severa com relação àqueles que têm mais poder, e não com benevolência exagerada para aqueles que têm pouco, como tentou utilizar o ministro. É o caso da acepção de pessoas, vício previsto na Suma por São Tomás como essencialmente oposto à justiça distributiva.

Um caso emblemático e atual que demonstra esse injusto é a operação Lava Jato. Assim explica o Ministério Público Federal (2017): A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.

Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

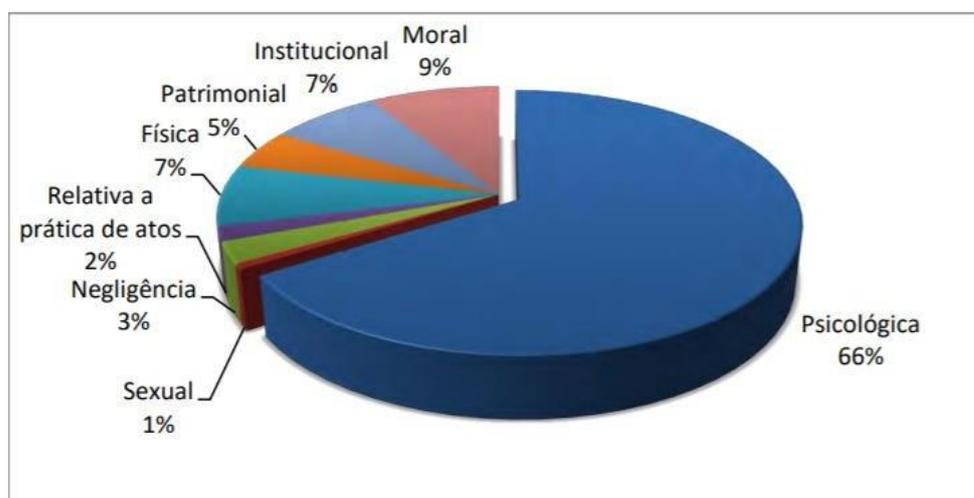
Nesse esquema, que dura mais de dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados.

Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. O caso Lava Jato é de extrema gravidade, pois a questão do justo é ainda mais severa e categórica quando se trata de bens públicos. A verba objeto de propinas nesse esquema desonesto não tem outra natureza senão a pública. E é cediço que o dinheiro público provém da população, e para ela deve retornar.

Nesse contexto da Lava Jato encontra-se a ocorrência do vício da acepção de pessoas. Os mentores desse esquema fraudulento usurpam não somente um valor em pecúnia, mas a dignidade das pessoas, a saúde, a educação, o desenvolvimento. Cuida-se do massacre do bem comum em prol de interesses particulares injustificáveis. Trata-se de uma violação inquestionável aos princípios do direito natural.

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Caracteriza-se por qualquer conduta que cause danos emocionais e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas crenças e seus comportamentos, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação, tendo como motivação a crença religiosa da vítima.



Tipos de violência por motivação religiosa nas denúncias recebidas por Ouvidorias (2011-2015).

Fonte: RIVIR, n = 450

VIOLÊNCIA FÍSICA POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Caracteriza-se por qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal, tendo como motivo a crença religiosa da vítima.

Casos de espancamentos, pedradas e outros. Foram identificados oito assassinatos causados por motivação religiosa.

“Menina é atingida por pedrada na cabeça ao sair de culto de candomblé” (2015)

“Para juiz, candomblé e umbanda não são religiões” (2014)

“Justiça obriga igreja evangélica a indenizar terreiro após morte de ialorixá em Camaçari” (2015)

“Terreiro de candomblé é incendiado no Distrito Federal” (2015)

“Briga religiosa entre Henri Castelli e a ex vai parar na delegacia” (2015)

VIOLÊNCIA MORAL POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Nesse tópico, serão abrangidas as condutas descritas como crimes contra a honra, pelos artigos 138, 139 e 140 nosso Código Penal Nacional (BRASIL, 1940), que tem como objetivo desrespeitar culto ou função religiosa alheia. Essas condutas devem ser por motivação religiosa e são definidas como:

- a) Calúnia: “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime” (art 138 do CP). Configurada com a narrativa de um fato criminoso imputado por uma pessoa a outrem, no qual consta o suposto local de perpetração do crime, o local, e o momento de sua execução, que sabe ser falso com a finalidade específica de ofender a honra alheia.
- b) Difamação: “difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”(art 139 do CP). Configurada com a narrativa de um fato, verdadeiro ou falso, não tipificado nas leis penais, imputado pelo sujeito ativo ao passivo, no qual consta concretamente ou fictamente o local da prática da conduta, bem como o momento da sua execução, cujo objetivo é violar a honra objetiva do ofendido. Difamar, quanto macular significa desacreditar publicamente uma pessoa, cuja intenção do legislador foi a de ressaltar que a difamação se configura na narrativa de fato, existente ou não, que não seja tutelado pelo Direito Penal, contendo as pessoas

envolvidas, o local, o momento de sua execução, além de outros elementos ofensivos à reputação de outrem.

- c) Injúria: “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro” (art. 140 do CP). Configurada quando alguém, por meio de gestos, palavras, desenhos ou atitudes ultrajantes ofendem a dignidade ou o decoro alheio.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Violência motivada por divergências de crenças ou convicções (religiões) predominantes em diferentes sociedades, que ao se formalizarem e institucionalizarem nas diferentes organizações privadas ou públicas. Nesta categoria, a palavra instituição deve ser entendida em sentido amplo, como qualquer organização ou estrutura social estabelecida pela lei ou pelos costumes.

Exemplos:

Funcionária demitida de escola por ser 'macumbeira' deverá ser indenizada em R\$ 15 mil;

Vereador do Rio Grande do Sul pede exoneração de servidora por ela não acreditar em Deus;

Empresa indenizará trabalhadora que sofreu discriminação religiosa.

VIOLÊNCIA SEXUAL POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Caracteriza-se por ato que constranja a pessoa a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força ou da relação de poder, tendo como motivação a sua crença religiosa. São exemplo de relações que envolvam poder: professor-aluna/o e padre/pastor/pai de santo-frequentador/a de templo religioso. Atos libidinosos, gestos e termos obscenos entram nessa categoria.

NEGLIGÊNCIA POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Caracteriza-se pelo abandono, descuido, desamparo, falta de responsabilidade e descompromisso com o cuidado e o afeto, tendo como motivação a crença religiosa da vítima. Situações em que a pessoa age com indiferença em relação a outro que necessita de seus cuidados ou atenção são

incluídos nessa categoria.

VIOLENCIA RELATIVA A PRÁTICA DE ATOS/RITOS RELIGIOSOS

Caracteriza-se pela proibição de ritos, orações e oferendas; pelo uso indevido e desrespeitoso de imagens religiosas; pelo impedimento de renovação de aluguel de imóveis; pela expulsão, ou ameaça, de casa, em função da crença religiosa. Ou seja, qualquer ato que restrinja ou impeça a prática de atos ou ritos religiosos.

VIOLÊNCIA PATRIMONIAL POR MOTIVAÇÃO RELIGIOSA:

Caracterizada por qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos religiosos, de espaços físicos que abriguem templos religiosos e casas de pessoas, em função de sua crença religiosa, além de sua invasão. Fotos a seguir bem exemplificam ações de extremismo religioso voltados aos templos:



Um homem invadiu a Mesquita Imam Ali, na Rua do Rosário, em Ponta Grossa, nos Campos Gerais, e destruiu móveis, livros religiosos e lustres na sala de orações na madrugada

Fonte: RIVIR, 2016



Evangélicos invadem igreja e destroem oito imagens de santos em Minas Gerais Fonte: RIVIR, 2016

5.2 CRIMINALIDADE E FILOSOFIA ESPÍRITA

O Espiritismo busca trazer esclarecimentos e conceitos a respeito de Deus, do Universo, dos homens, dos espíritos e das leis. O verdadeiro homem de bem é o que cumpre a lei de justiça, de amor e de caridade. E todos estamos sujeitos à Lei do Progresso, sem distinção ou discriminação, onde não existe impunidade, mas a reparação por provas e expiações.

A doutrina espírita-cristã explica os motivos e as causas da criminalidade sem levar em consideração o critério legal, aparente. Nela, o espírito é autor de seu destino, vivenciando em cada experiência carnal as conquistas e prejuízos que decorrem da sua conduta no passado e no presente.

Algumas ações foram implementadas no sentido de divulgar e ampliar as discussões no meio da sociedade. No ano 2000 um grupo de médiuns participou da Cúpula Mundial de Líderes Religiosos e Espirituais pela Paz, em Nova Iorque, promovido pela ONU, Tratou-se da consciência do homem ao trabalho, à educação moral e conjunto de hábitos adquiridos para ter ordem e previdência para consigo mesmo e para com os outros.

A doutrina espírita postula que o espírito é anterior ao corpo e ao reencarnar traz toda bagagem de erros, qualidades, propensões e aptidões consigo e que a criminalidade faz parte da condição peculiar de cada espírito. O bem e o

mal são voluntários e facultativos. (Maia neto e Lenchoff, 2005, p. 53).

Se aproxima da Escola Clássica da Criminologia quanto ao livre-arbítrio. Tanto a Escola Clássica como a doutrina espírita acreditam no livre-arbítrio do indivíduo e que a finalidade maior da pena privativa de liberdade é a ressocialização do condenado, através do aperfeiçoamento espiritual – tese de cunho sociológico, não religioso.

A doutrina espírita diverge de Lombroso¹³ da Escola Positiva da Criminalidade, porque esse acreditava que o criminoso nato era homem incorrigível e irresponsável, possuidor de anomalias físicas e sinais exteriores característicos, ao passo que para o Espiritismo seria o resultado de um espírito moralmente atrasado, suscetível a receber más instigações e um produto das vidas sucessivas.

Na Teoria da Transmissibilidade de Enrico Ferri¹⁴, também da Escola Positiva, a causa da criminalidade está no subconsciente do ser, dormente em resquícios advindos dos antepassados.

Segundo o sociólogo, o crime seria consequência de fenômenos antropológicos, físicos e culturais fora do controle do indivíduo, portanto, sem interferência de livre-arbítrio. Aí, outra divergência, pois segundo o espiritismo, o instinto criminoso não advém de nenhuma linha ancestral, étnica ou racial. Embora inaceitável para o Direito Penal, a prática de delitos seria a projeção de forças espirituais.

Sobre a admissão do pensamento espírita no estudo da criminalidade, atribui-se ao professor César Lombroso (Maia Neto e Lenchoff, 2005) as seguintes frases: “quem sabe se eu e meus amigos, que rimos do Espiritismo, não laboramos em erro” e “sinto-me envergonhado de haver combatido, com grande tenacidade, a possibilidade dos fatos chamados espíritas. Os fatos existem, e eu me glorifico de ser escravo dos fatos.” Para os autores, há um traço de espiritismo na afirmação do

¹³ O professor César Lombroso nasceu na Itália em 1835 e faleceu aos 74 anos. Médico e mestre de Medicina Legal, Psiquiatria e Antropologia criminal da Universidade de Pavia e Turim. Chefe da Escola Positivista, criador da Antropologia Criminal, escreveu *Espiritismo e Mediunidade*, mas sua mais célebre obra foi *“O Homem Delinquente”*, em 1878.

¹⁴ Sociólogo criminalista (1856-1929). Em sua obra *Sociologia Criminal* (1884), discorda do pensamento de Lombroso, também da Escola Positivista, sobre o criminoso nato, afirmando que só poderiam ser considerados incorrigíveis os criminosos habituais, admitindo que até mesmo entre estes, seria possível a eventual correção de uma minoria.

mestre Clóvis Beviláqua, em sua obra *Criminologia e Direito*, de 1983:

“O crime surge na mente do indivíduo sob forma de ideia ou emoção, elabora-se na consciência e, produzindo volição, tende a realizar-se. É claro que os espíritos bem formados não se deixarão, senão excepcionalmente, arrastar à prática destes tristes fatos, que são um forte grilhão a nos prender inexoravelmente à bruteza da animalidade, de onde a cultura nos pretende distanciar, mas para onde nos arrastamos e nos debatemos, em vão, como frágeis insetos envolvidos nos fios resistentes de vastíssima teia.” (MAIA NETO e LENCHOFF, 2005).

Sobre como seria um Código Penal Espírita, esse seria baseado na lei de causa e efeito, do amor e do respeito. Para a doutrina espírita, não há uma única imperfeição da alma que não carregue consigo suas consequências deploráveis e inevitáveis, e nenhuma boa qualidade que não seja computada em seu favor. (Maia Neto e Lenchoff, 2005).

Não haveria que se preocupar com o lugar de cumprimento da pena, pois como a alma carrega consigo o próprio castigo, desnecessário um lugar circunscrito para cumprimento da pena; o inferno está em toda parte onde houver almas sofredoras.

A Justiça Divina não admite a impunidade, por isso não haveria extinção de punibilidade. Toda dívida contraída e todo mal realizado devem ser pagos; se não na presente existência, nas próximas. Assim, as penas são temporárias e dependem da livre vontade do homem.

Quanto ao suicídio, no nosso ordenamento jurídico, não existe punição possível para o suicídio, ou mesmo para quem tentar, por tratar-se de fato atípico, punindo-se aqueles que o induziram, auxiliaram ou instigaram (art. 122 CP). Nem mesmo a auto-lesão é punível. Entretanto, na doutrina espírita somente Deus dá a vida e por isso, somente Ele tem o direito de tirá-la. (Maia Neto e Lenchoff, 2005, p.202),

As consequências são diversas e mesmo o suicídio inconsciente, aquele que ocorre indiretamente, por maus hábitos, como uso de bebidas e drogas proibidas, trará ao suicida o prolongamento e até agravamento do sofrimento que o levou ao seu cometimento. A calma, a resignação e a confiança no futuro são as forças do

espírito contra a loucura e o suicídio.

Vejamos sobre o dolo (art. 18, I do Código Penal), é a intenção de fraudar a lei realizando a conduta proibida. Na justiça divina, pune-se a intenção de praticar o mal, enquanto no Direito Penal brasileiro, a intenção não é punível, somente os atos praticados. À exceção do "actio libera in causa"¹⁵ e dos crimes de perigo, somente se pune o fato concreto.

Haveria convergências em relação ao Código Penal vigente: tanto como para a Justiça Divina, o resgate das faltas é pessoal. Diante da infração penal ou do evangelho de Jesus Cristo, não há transcendência da pena; cada qual responde e sofre a expiação justa.

A expiação varia segundo a natureza e a gravidade das faltas e conforme circunstâncias atenuantes ou agravantes nas quais foram cometidas. E a duração do castigo está subordinada à melhoria séria e efetiva do espírito culpado e o seu retorno ao bem. O arrependimento abranda a expiação, mas ela virá, bem como a necessidade de reparar.

Sobre a pena de morte, na obra intitulada O Livro dos Espíritos¹⁶, pergunta 761: A lei de conservação dá ao homem o direito de preservar sua vida. Não usará ele desse direito, quando elimina da sociedade um membro perigoso? (Kardec, 2007, p.380),

Resposta: "Há outros meios de ele se preservar do perigo, que não matando. Demais, é preciso abrir e não fechar ao criminoso a porta do arrependimento".

Em relação ao julgamento do criminoso e à aplicação da pena, a doutrina espírita conclama à caridade. Ensina que a verdadeira caridade não consiste apenas na esmola e nas palavras de consolação, mas consiste na benevolência para com o próximo, de modo que em palavras e ações de encorajamento e de amor, se contribua para a elevação da alma.

Os criminosos também são filhos de Deus e trazem ensinamentos e oportunidade de exercício da fraternidade. Porque eles, como todos nós, receberão

¹⁵ Trata-se da intenção predeterminada de agir, por exemplo, voluntariamente sob efeito de bebida alcoólica ou de substâncias tóxicas proibidas, artigo 61, II, 'j' do Código Penal – constitui agravante da pena.

¹⁶ O Livro dos Espíritos foi organizado em cerca de 20 meses pelo professor francês Allan Kardec, que coordenou longas reuniões com médiuns, fazendo a eles 1019 perguntas e colhendo respostas que acreditava vir dos espíritos.

o perdão e a misericórdia de Deus, se se arrependerem. Consideram que aqueles incapazes de perdoar são mais culpados que aqueles a quem se nega o perdão, porquanto aqueles não conhecem a Deus como conhecemos.

“Não julgueis, porque o juízo que proferirdes ainda mais severamente nos será aplicado e precisareis de indulgência para os pecados em que sem cessar incorreis” (Kardec, 2012, p.161).

O médium Francisco Cândido Xavier, consultado sobre questões de Direito Penal na visão espírita¹⁷, respondeu a perguntas sobre direito e dever do Estado de punir os delinquentes e se esses agem livremente ou são determinados a delinquir.

De suas respostas fica a mensagem de que a sociedade deve mais se defender que punir, e nunca punir com a morte. Os presídios devem representar escolas, hospitais e oficinas e embora o delinquente esteja ali coagido, que sejam respeitados seus direitos de cidadão e que se busque reintegrá-lo no respeito a si mesmo (Arantes, 202).

Sobre o delinquir livremente ou de forma determinada, responde que transcende às ciências jurídicas, posto que se enquadra no plano das provas e das expiações de cada indivíduo; o criminoso age em pleno uso de seu livre-arbítrio, insistindo na necessidade da educação da vontade de cada um e na responsabilidade dela decorrente.

Concluindo, pela doutrina, o homem deve responder por seus hábitos e paixões, do passado e do presente, tanto vida corpórea quanto no mundo espiritual, mas a política criminal terrena atual desenvolve critérios de punição que tendem à vingança, ao poder, à desigualdade e ao egoísmo. A desumanidade do sistema prisional beira à inconstitucionalidade, não atinge o objetivo da reintegração e reeducação social.

Não é suficiente decretar novas penas ou exasperar as já existentes. É preciso atenuar as causas do fenômeno criminal. Como consta do Livro dos Espíritos, “por desgraça, as leis penais se destinam de preferência a punir o mal já feito do que secar-lhe a fonte”. (Kardec, 2005, p.380),

Assim, o espiritismo defende uma concepção preventiva, tutelar e

¹⁷ Entrevista para o Jornal o Globo do Rio de Janeiro, em respostas psicografadas pelo médium Chico Xavier, guiado pelo espírito Emmanuel.

restauradora do direito penal. Para Deus, os direitos naturais, aqueles que nenhum homem pode renunciar, abdicar ou dispor, compõem os princípios do Bem e o fundamento do Amor, trazem a responsabilidade ética, universal, a moral e o discernimento. (Maia Neto e Lenchoff, 2005)

A justiça dos homens deveria espelhar a Justiça Divina. Todo progresso perpassa pela superação de costumes e tradições, substituições de valores antigos e mudanças profundas nas formas de relações humanas, pelo desenvolvimento da moral espiritual individual.

Vê-se, portanto, que o espiritismo se coaduna com uma teoria mais humanística da criminologia, onde é fundamental o alicerçamento dos homens na fé e na sua evolução moral em direção ao agir de acordo com o Evangelho, e também na reeducação e ressocialização daquele que sucumbiu às más tendências. E por fim, que a evolução moral do homem, essa sim, levará à redução da criminalidade.

5.3 ADPF 442 – A QUESTÃO DO ABORTO

Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido da liberação do aborto de bebês anencéfalos (ADPF 54), um dos fundamentos foi o de o Estado brasileiro ser “laico”.

Na nossa lei, o legislador ordinário revestiu de licitude a prática do aborto, em duas situações distintas: (1) quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal (denominado aborto sentimental ou aborto por indicação médica), e (2) quando não há outra forma de salvar a vida da gestante (denominado de aborto necessário ou terapêutico).

Em 2012, por maioria de votos (8 x 2), o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada; ou seja, o STF, autorizou o aborto no caso de anencefalia e um dos fundamentos foi o de o Estado brasileiro ser “laico”.

No caso do julgamento do HC nº 124.306/RJ, na qual o STF avançou e decidiu não ser criminoso o aborto realizado no terceiro trimestre gestacional, em

face da violação aos direitos fundamentais da mulher (autonomia, integridade física e psíquica da mulher gestante), além de afrontar os princípios da proporcionalidade, da igualdade, e o direito ao acesso à assistência médica. O HC foi julgado pela Primeira Turma do STF, tendo como relator designado o Ministro Luís Roberto Barroso (voto-vista), acompanhado pela ministra Rosa Weber e pelo ministro Edison Fachin, formando maioria no julgamento; o voto-vista, acabou por não conhecer o HC, mas de ofício, concedeu a ordem.

Diante dessa decisão, houve grande mobilização de grupos religiosos para coibir novos julgados que permitam ampliar os casos de autorização legal para o aborto. Os defensores da manutenção da criminalização do aborto, para além de sustentar seu posicionamento na questão jurídica sobre o início da vida ser na concepção, trazem também consigo, conscientemente ou não, uma forte carga religiosa.

O assunto continua em pauta, com o atual trâmite da ação ajuizada pelo PSOL perante o Supremo Tribunal de Justiça, que busca descriminalizar o aborto até a 12^a semana de gestação. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442, questiona parcialmente a constitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluir a proibição do aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento até a 12^a semana da gestação. A audiência pública para a oitiva dos expositores habilitados (*amicus curiae*), ocorrida em agosto de 2018, contou com grande número de manifestantes contra o aborto por motivos religiosos. O feito está concluso com a relatora Ministra Rosa Weber.

Todo esse quadro fático exemplifica muito bem o que pode ocorrer no processo de racionalização da lei natural, segundo Santo Tomás de Aquino. Quando a lei natural se racionaliza, passa a atender interesses específicos, sociais e políticos, daquele que a criou, e não à natureza humana de modo universal. Outrossim, se não há um fundamento absoluto para a dignidade humana, pode-se dizer que a própria natureza é negada.

Logo, a CRFB/88 revela convergências e divergências com a Filosofia Tomista. Divergência, em relação ao Direito à vida: prelecionado no caput do artigo 5º da CRFB/88, o direito à vida é o principal direito do ser humano. São Tomás

defende esse direito em quaisquer circunstâncias, já que, tudo que se opõe à vida, à sua integridade física e moral, sua dignidade como pessoa humana, constituem violações que prejudicam gravemente o progresso da civilização, degradam os costumes e as instituições humanas e ofendem gravemente a honra devida ao Criador.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que o suicídio, o homicídio, o aborto, em qualquer hipótese, são inaceitáveis na doutrina tomista. Por conseguinte, nem mesmo a previsão dos incisos do artigo 128 do Código Penal, que seriam o aborto necessário e o aborto resultante de estupro, poderiam ser admitidos pelo pensamento tomasiano. Inclua-se neste rol o aborto em caso de feto anencefálico, recém-admitido no Brasil.

Também pelas Leis Divinas, segundo a doutrina espírita, somente o aborto terapêutico, isso é, para salvar a vida da mãe, é aceitável, porquanto qualquer outro tipo de aborto fere o quinto Mandamento de Deus, “não matarás”. (Maia Neto e Lenchoff, 2005),

Convergência, em relação a uma das exceções a essa regra, que seria o instituto da legítima defesa, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 23, inciso II, do Código Penal Brasileiro. A legítima defesa é consentida desde que haja uma proporcionalidade entre reação e ameaça e, também, desde que a pretensão seja a autodefesa e não o assassinio.

Dworkin retoma brevemente a discussão a respeito do aborto, tratada com maior acuidade em outra obra. Se apenas as religiões teístas forem consideradas, não há sequer discussão, pois o aborto deverá ser proibido em todas as situações. (Dworkin apud Kozicki e Pugliese, 2013)

Por outro lado, se forem consideradas como religiões as diversas convicções a respeito do propósito e das responsabilidades das pessoas em vida, então o aborto se torna uma questão aberta e passível de debate.

Para que a liberdade de religião seja um direito fundamental efetivo, portanto, é preciso ampliar o significado de religião de modo a recepcionar as diversas convicções a respeito dos modos de se conduzir a vida. Mais do que isso, porém, propõe um segundo olhar sobre o tema, a partir de uma análise da religião como questão de moralidade política e com profundidade filosófica. Neste sentido,

a primeira afirmação do autor é a de que as concepções religiosas ateístas merecem o mesmo tratamento que as crenças teístas, pois o fundamento para definir uma religião não pode ser apenas a existência de um deus.

É preciso declarar que as pessoas têm um direito, em princípio, ao livre exercício de suas convicções sobre a vida e suas responsabilidades, seja em razão da crença em um deus ou não, e que o governo deve se manter neutro diante de todas essas escolhas.

5.4 A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA CELEBRAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Esta passagem descrita no artigo da *Âmbito Jurídico* (ANANIAS, 2016) indica a relação estabelecida entre família, patrimônio e finitude humana na concepção dos antigos, conforme descrito na obra *As Leis*, de Platão (437 a.C.):

“para vós que não durareis mais do que um dia é bastante difícil presentemente conhecer vossos próprios bens, e como diz a inscrição do oráculo de Delfos, conhecer a vós mesmos neste momento. Assim eu, como legislador, estabeleço esta regra: que tanto vós mesmos, quanto esses vossos bens, não vos pertencem mas à totalidade de vossa família, vossa raça, passada e futura...” (BINI, 1999 p.450 apud ANANIAS, 2016).

Direito de propriedade: a propriedade é um direito fundamental que evita rixas e dissensões de toda ordem caso uma coisa fosse possuída por várias pessoas ao mesmo tempo. É esse direito que permite ao homem usar e dispor de uma coisa com a exclusão de outras pessoas, sendo o seu corolário o respeito à propriedade alheia.

São Tomás de Aquino explica no capítulo XXII da segunda parte da Segunda Parte da *Suma Teológica* que: a propriedade é condição necessária para ter independência e liberdade de ação; porque é o meio por excelência para constituir e perpetuar a família, e por último, porque a sociedade obtém grandes benefícios, não só porque a propriedade individual evita inumeráveis litígios e desavenças que sobre o uso das coisas possuídas em comum se produziriam, mas também porque os bens serão melhor administrados e gozados em benefício da coletividade

(Pègues, 2016, 128).

O direito à propriedade está garantido na CRFB/88 em seu artigo 5º, caput e inciso XXII. Importante ressaltar que o inciso XXIII do aludido artigo menciona a função social como requisito indispensável à propriedade particular, o que não foge à Filosofia Tomista.

CONCLUSÃO

Falar em direito à liberdade religiosa no século XXI é muito mais que tratar da proteção da crença do indivíduo. A questão, em última análise, é o próprio direito de escolha, essencial à liberdade.

O cidadão do Estado Democrático de Direito deve poder escolher entre a crença que quiser, ou à não-crença, pois à luz do direito à liberdade religiosa não cabe definir *a priori* o que é religião ou classificá-las em "melhores" ou "piores".

Significa que não se pode permitir prejuízos ao indivíduo, em suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada, nem mesmo obrigar que o indivíduo apresente e divulgue suas convicções religiosas.

A pesquisa tinha como finalidade, também, analisar a aproximação do direito com a religião visando alcançar respostas às perguntas fundamentais, reflexões motivadas pelas inquietações humanas, a respeito de sua origem, de sua essência, assim como de sua realidade e do futuro. Teologia como religião, é uma “re-ligação” do ser humano a suas múltiplas formas de conhecer a si e entre si, em uma ressignificação de entendimentos tidos como verdade absoluta ou dogmas.

No passado, as comunidades se mantinham íntegras pela referência a uma origem comum, por mitologias, religiões e por concepções filosóficas. Entretanto, as bases sobre as quais tradicionalmente se ergueram não são mais suficientes para manter uma ordem legal coesa.

As diversas ordens normativas de hoje, têm base predominante no pensamento científico, embora inegável que ainda tragam forte carga religiosa e ideológica.

A obediência civil se justificou, ao longo do tempo, por diversos conceitos, como o conceito bíblico de hierarquia e autoridade, em que a subordinação do cidadão às leis era necessária porque era a vontade de Deus que se estampava na

palavra de seus representantes.

Para aquele que fazia o bem, não haveria motivo para temer os magistrados, que representavam a espada de um Ser Superior vingador, que somente castigava a prática do mal e o desrespeito a leis idealizadas para promover a justiça.

A separação clara entre o labor da Igreja e do Estado surgiu com a Reforma Protestante. Ali, a Igreja foi chamada a orar pelo Estado e apoiá-lo e o Estado foi chamado a garantir a liberdade da Igreja e a protegê-la contra quem a quisesse destruir.

Mas, todos somos também frutos de nossos contextos individuais, e governos podem se tornar corruptos e perpetrar atos de injustiças cruéis. Guerras “justas” foram e são travadas entre os povos de religião distinta e entre Igreja e Estado.

Veja-se, por exemplo, a invasão da Polônia pela Alemanha, na Segunda Guerra Mundial, o conflito de mais de 70 anos entre israelenses e palestinos, a usurpação do poder da Igreja por Henrique VIII, da Inglaterra, porque o Papa não lhe permitiu o divórcio e mais recentemente a questão da discriminação do aborto no Brasil, por longos anos em discussão no Congresso e no STF. Assim como foi também a questão do casamento entre homossexuais.

A fim de que possamos, portanto, construir novas bases, faz-se necessário recuperar nossa capacidade criativa e justificadora da existência e da coexistência, sendo indispensável, a aproximação entre as mais diversas formas de criações humanas, dentre elas a religião.

Só assim, haverá uma compreensão aprofundada e renovada do ser humano e do Direito. Desta forma se pode estabelecer um limite à relativização e impulsionar o respeito ao conteúdo mínimo de qualquer princípio ou direito fundamental, como o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANANIAS, V. D. (2016). *A religiosidade dos povos antigos e a Religião sem Deus: apontamentos sobre Coulanges, Dworkin e outras reflexões*. Fonte: Âmbito Jurídico: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-154/a-religiosidade-dos-povos-antigos-e-a-religiao-sem-deus-apontamentos-sobre-coulanges-dworkin-e-outras-reflexoes/>

BAGGIO, M. C. (2010). *Da tolerância: direito e conflito sob o signo da tolerância; por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade*. São Paulo, SP: LTr.

BARBUY, V. E. (2011/2012). Aspectos do Direito na obra de Santo Tomás de Aquino. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 631 a 651. Acesso em 23 de 02 de 2020, disponível em www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67960/70568

BITTAR, E. C., & ALMEIDA, G. A. (2015). *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo, SP: Atlas.

CANTARINI, P. (2018). *Manifestação da religiosidade no Direito e na Filosofia – perspectiva crítica dos Direitos Humanos*. Acesso em 08 de 03 de 2020, disponível em *Jornal Estado de Direito*: <http://estadodedireito.com.br/manifestacao-da-religiosidade-no-direito-e-na-filosofia-perspectiva-critica-dos-direitos-humanos>

CARTA ENCÍCLICA VERITATIS SPLENDOR do sumo pontífice JOÃO PAULO II. (1993). Acesso em 08 de 03 de 2020, disponível em Libreria Editrice Vaticana: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html

Constituição, B. (24 de 02 de 2020). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Fonte: Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm COULANGES, N.-D. F. (2006). *A Cidade Antiga*. Acesso em 24 de 02 de 2020, disponível em www.eBooksBrasil.org: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>

DIAS, M. B. (2006). A ética na jurisdição de família. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 33 a 41. Fonte: http://mariaberenicedias.com.br/uploads/6_-_a_%E9tica_na_jurisdi%20da_fam%20dia.pdf

FILHO, G. B. (2017). *A Reforma Protestante e o imaginário de sua época*. São Paulo, SP: Reflexão.

FONSECA, A. B., & ADAD, C. J. (2018). *Relatório sobre intolerância e violência religiosa no Brasil (2011- 2015): resultados preliminares*. Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Acesso em 24 de 02 de 2020, disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/liberdade-de-religiao-ou-crenca/publicacoes-1/RelatoriosobreIntoleranciaeViolenciaReligiosanoBrasilExpediente2.pdf>

GAUTÉRIO, M. d. (01 de 05 de 2009). *O conceito de lei segundo Santo Tomás de Aquino*. Acesso em 23 de 02 de 2020, disponível em

Âmbito Jurídico: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-64/o-conceito-de-lei-segundo-santo-tomas-de-aquino/>

HABERMAS, J. (2007). *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. Aparecida, SP: Ideias & Letras.

ISAIA, A. C. (2012). *Espiritismo & religiões afro-brasileiras: história e ciências sociais*. São Paulo, SP: UNESP.

JASCKSTET, P. V., & CÂMARA, V. A. (2017). *Sistemas jurídicos comparados: o conceito de família e o arcabouço religioso*. Acesso em 08 de 03 de 2020, disponível em Revista Jus Navigandi: <https://jus.com.br/artigos/40144>

KACHAN, F., CARVALHO, T. d., & FIGUEIREDO, D. (18 de 06 de 2019). *LIBERDADE de crença*. Acesso em 24 de 02 de 2020, disponível em Artigo Quinto: https://www.politize.com.br/artigo-5/liberdade-religiosa/?gclid=EAIaIQobChMIqf_t0KC86QIVDoWRCh04agvwEAAYAiAAEgJAg_D_BwE

KOZICKI, K., & PUGLIESE, W. S. (2013). Religião sem Deus: uma questão de fé e valores. *Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7*, 319-342.

MAIA NETO, C. F. (2005). *Criminalidade, doutrina penal e filosofia espírita: direitos (ou problemas) humanos*. São Paulo, SP: LAKE.

NADER, P. (2013). *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

PASSOS, J. D. (2020). *Teologia e Direito*. (Kindle, Ed.) Paulinas.

República, B. S. (2013). *Por uma cultura de direitos humanos*. Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, Brasília, DF. Fonte: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/promocao-e-defesa/por-uma-cultura-de-direitos-humanos-2013-direito-a-opiniao-e-a-expressao/@@download/file/por-uma-cultura-de-direitos-humanos-2013-direito-a.pdf>

SALUAN, V. C., & GERMANO, M. S. (2018). FILOSOFIA TOMISTA: PENSAMENTO PARA ATUAIS REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA BRASILEIRA. *Revista Derecho y Cambio Social*. Fonte: http://www.derechocambiosocial.com/revista054/FILOSOFIA_TOMISTA.pdf

SPROUL, R. C. (2013). *Qual é a relação entre Igreja e Estado?* São José dos Campos, SP: Fiel.

VOLTAIRE. (2019). *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas*. Porto Alegre, RS: L&PM.

**Clique para voltar
ao Sumário**



AIRBNB - UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUA TRIBUTAÇÃO.

Fernando Antonio Viana de Mesquita Filho e Silvestre Cunha De Lima (Prof. Me. Sandro Guimarães Guilherme)

RESUMO: Em um mundo modernizado e globalizado pelas evoluções tecnológicas aliadas ao ambiente virtual, se destacam as inúmeras novas oportunidades, que vem em diferentes formas, de se obter uma renda extra. Atualmente, a prestação de serviços muitas vezes não segue mais os padrões dos modelos tradicionais, graças aos recentes avanços tecnológicos de grandes empresas, buscando facilitar e desburocratizar os meios (oferta) para se obter os fins (demanda). O antigo padrão de empregado e empregador está sendo substituído cada vez mais pela figura do trabalhador autônomo, que é seu próprio patrão, gerando sua própria renda num processo, que, na grande maioria dos casos, é obtido em sua totalidade através da tela de um celular. Nesse meio, temos o fenômeno da economia compartilhada, onde a empresa dispõe de uma plataforma virtual, onde os clientes operam e são atraídos a contratar um serviço, que será realizado por um prestador de serviço autônomo ligado à empresa através de seus próprios bens. Um exemplo disso é a Uber, maior empresa de taxi do mundo, que não dispõe de um único veículo para este fim, cabendo aos “parceiros” utilizarem seus próprios veículos para entregar o serviço. No caso estudado, temos o Airbnb, uma plataforma virtual utilizada em todo o mundo para reserva de imóveis com finalidades turísticas, onde a empresa faz a ponte entre o interessado e o proprietário do imóvel para realização das reservas. É um método inovador e muito prático, entretanto, pode acabar esbarrando nas previsões tributárias vigentes. Por ser um método muito novo, muitas vezes é necessário verificar se os serviços realizados não constituem uma previsão legal tributária. Caberá no presente estudo analisar se a natureza dos serviços prestados pelo Airbnb se adequa às previsões da legislação vigente, incidindo em sua tributação, uma vez que a movimentação de riquezas é ampla e o Estado tem o papel de regular uma possível relação tributária advinda das possibilidades que a economia compartilhada traz, através das previsões legais vigentes, para assim obter a contribuição daquilo que hoje não é tributado aumentando sua arrecadação, que é de interesse público, beneficiando toda a sociedade.

Palavras-chave: Airbnb. Economia Compartilhada. Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN. Hospedagem. Tributação.

INTRODUÇÃO

A humanidade durante toda a sua história passou por diversas e constantes

mutações sociais, jurídicas e econômicas. Conforme o tempo passou, diversas adaptações foram realizadas por seus indivíduos a fim de se adequar a época em que viviam e as suas necessidades, tanto é que vivemos inúmeros momentos históricos por conta dessas mudanças que afetaram diretamente o meio social.

Em tempos atuais, atrelados à tecnologia, modernidade e à globalização, esse fenômeno ainda ocorre.

Com as máquinas substituindo cada vez mais os trabalhos humanos, observa-se diversas novas oportunidades de profissionais prestando serviços a diferentes meios eletrônicos e virtuais para obtenção de uma renda extra, que se encontram através de aplicativos, sites, programas e outros. Nesse mesmo sentido pode-se observar que o antigo e padronizado modelo de empregado e empregador está sendo substituído diariamente pela figura do trabalhador autônomo, nessa nova onda de novos sites e aplicativos para prestação de diversos serviços que podemos encontrar na palma da mão, através de um simples celular, um objeto crucial para se viver nos dias de hoje.

Em meio a tanta modernidade aliada com o mundo virtual, temos a figura da economia compartilhada, que adequa um novo método de meios de trabalho e ganhos de renda de forma genérica e simplificada.

Diante dos diversos métodos de trabalho e renda abrangidos pela economia compartilhada, há o Airbnb, maior site de disponibilização de imóveis para estadia no mundo, em inúmeros países, em que a empresa por si só não dispõe de um único bem para esse fim, apenas servindo de ponte para o serviço de estadia entre o cliente pagante e o dono propriamente dito do imóvel.

Com um código tributário datado de 1966, surgem diariamente novas dúvidas a respeito de diversos temas de adequação na esfera tributária para questões atuais, dos quais recorreremos muitas vezes para portarias e outras fontes legisladoras para se obter respostas e uma delas é a possibilidade de tributação dos serviços prestados através do Airbnb.

1 A ECONOMIA COMPARTILHADA

Economia compartilhada, do inglês, Sharing Economy, foi citada pela primeira vez em 2008 pelo então professor da Universidade de Harvard, Lawrence

Lessig. Tal termo é usado para definir tendência atual de consumo colaborativo caracterizado pelo aluguel, escambo e o empréstimo de coisas que não são usadas frequentemente por seus donos (CHOI et al., 2014).

Apesar de ter se popularizado junto com os celulares e seus aplicativos e apesar do termo Sharing Economy ter sido usado pela primeira vez em 2008 a economia compartilhada da forma como conhecemos teve origem na década de 1990 nos Estados Unidos, possibilitado por novas formas de comunicação que proporcionaram as transações ponto a ponto, ou peer to peer (P2P) (CLAY, 2012).

Trata-se de uma nova filosofia de consumo em que não há necessidade de possuir um bem para poder usufruir deste. Nos dias atuais a tecnologia é ferramenta que viabiliza a troca de bens e de serviços, conectando as pessoas que possuem um bem ou capacidade de fornecer um serviço e as pessoas que precisam do bem ou serviço (Teodoro et al., 2017).

Como formas de tecnologia que possibilitam esse novo tipo de consumo, podemos citar plataformas específicas que contam com essa funcionalidade. Essas plataformas apenas ligam pessoas que querem ter a posse de um bem e pessoas que detêm a propriedade desse bem.

O exemplo principal, e objeto deste trabalho, é o Airbnb, que une pessoas que querem usufruir de um local por determinado período de tempo e pessoas que têm a propriedade desse local, não o uso com frequência e querem ter a oportunidade de lucrar com o espaço. Podemos ainda podemos citar outras plataformas como a OLX, o Couchsurfing a Uber e etc. Todas têm o mesmo objetivo de conectar quem tem o bem ou serviço e quem quer usufruir.

1.1 A ECONOMIA COMPARTILHADA E A SUSTENTABILIDADE

Um ponto importante que impulsiona a economia compartilhada é a Sustentabilidade, ou seja, usar recursos atuais para atender necessidades atuais sem comprometer gerações futuras. A economia tradicional promove a ascensão social por meio do poder econômico em detrimento da cooperação, da solidariedade e do bem comum. Tal modelo não conseguirá ter base em um futuro próximo em que a escassez de matéria-prima não permitirá o acúmulo de bens. No entanto, o desgaste do atual modelo de economia fez com que pudéssemos pensar

em novas formas de alocar recursos gerar riquezas e distribuir renda e é nesse contexto que a Economia Compartilhada atua, distribuindo posse e facilitando o acesso a bens e serviços (CARNEIRO, *et al.* 2017).

Essa nova forma de economia diminui o uso de recursos, diminui a produção e provoca redução do impacto ambiental visto que com menos produção haverá menos extração de matéria-prima e menos poluição causada pela manufaturação de bens. Portanto, há uma relação direta entre sustentabilidade e Economia Compartilhada (CARNEIRO, *et al.* 2017).

1.2 DA ECONOMIA COMPARTILHADA E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO

A regulamentação da Economia Compartilhada é escassa. O movimento econômico é recente e inovador, o que dificulta a criação de regras. Também é necessário salientar que não há pesquisa suficiente para que comecemos a falar sobre regulamentação. (SILVA, *et al.* 2017).

Também é debatido que a regulamentação vai de encontro à inovação. Aqui é válido ressaltar aplicativo que gerou amplo debate nas casas legislativas brasileiras: a Uber. Submeter uma nova plataforma como a Uber a um conjunto de leis ultrapassadas que servem para os serviços de táxi, que não atendem o dinamismo do aplicativo é um ato que tenta resolver a questão de forma simplista e insatisfatória. A melhor forma de resolver a discussão seria criar leis para o novo modelo de negócio (SILVA, *et al.* 2017).

Dessa forma há debate instaurado na literatura jurídica que se preocupa com a inovação. Sabe-se que a intervenção estatal pode desincentivar as novidades, por outro lado a falta de regulação pode causar um conflito entre valores já tutelados pelo ordenamento jurídico e a inovação. Entretanto, é do Jurista a missão de lidar com a inovação e suas implicações no mundo jurídico sob uma nova ótica, que não prejudica a inovação (SILVA, *et al.* 2017).

1.3 O CASO DO AIRBNB DENTRO DA ECONOMIA COMPARTILHADA

O AirBnB, acrônimo para Air, Bed and Breakfast (Ar, cama e café da manhã, em tradução livre), foi criado em 2008 por 3 estudantes de design: Nathan

Blecharczyk, Brian Chesky e Joe Gebbia. Segundo eles, os estudantes estavam sem dinheiro para pagar o aluguel do apartamento onde moravam em São Francisco, Califórnia, nos Estados Unidos, e, com a chegada de uma convenção de designers na cidade e a lotação dos hotéis viram uma oportunidade: alugar alguns espaços vazios do seu apartamento para atender a demanda na cidade e lucrar (MORALES, 2020).

Os três criaram um site, em apenas uma noite e conseguiram alugar três colchões para três pessoas. Diante da boa interação com os hóspedes e com o potencial da ideia os três estudantes resolveram expandir o site para proprietários que também buscavam renda extra e tinham espaço para alugar em casa. Cobrando apenas uma taxa sobre o serviço o site expandiu seu negócio e já está presente em 192 países e conforme dito por Stefan Schimenes, country manager da plataforma na América Latina, o AirBnB é a maior plataforma de economia compartilhada do mundo. (MORALES, 2020).

Portanto, a plataforma é um grande exemplo de como a economia compartilhada é feita e como pode gerar renda, porém o crescimento da plataforma tem suscitado debates no campo jurídico. No campo do direito tributário, em especial, há o debate sobre a possibilidade de tributação de serviço. Dessa forma o presente trabalho passará a abordar o posicionamento do AirBnB acerca da possibilidade de tributação, casos de tributação no mundo e o cenário brasileiro acerca da regulamentação do tema.

2 O AIRBNB E A TRIBUTAÇÃO

2.1 TRIBUTAÇÃO DO AIRBNB NO MUNDO

O Airbnb trouxe inúmeras mudanças no mercado turístico global por conta de suas facilidades de busca e de acesso pelo mundo virtual, entretanto, logo sofreu críticas e diversas adequações pelo mundo. É claro que quando se tem algo novo, que agrega facilidades e inovações, o consumo do produto passa a ser maior, e, justamente por ser novo, não há uma exata previsão tributária e legal em muitos locais em que o Airbnb começou a atuar, foi então que algumas adequações ocorreram.

Um exemplo dessas adequações tributárias no mundo ocorreu em Nova Iorque, nos Estados Unidos. Com o Airbnb tomando cada vez mais o mercado e diminuindo a procura por hotéis na maior cidade do mundo, as regras passaram a funcionar de maneira diferente, uma vez que não basta apenas a intenção de se hospedar na cidade e a efetiva reserva do local pelo site, o interessado terá que ser aprovado previamente em um conselho do condomínio, dependendo do bairro em que pretenda ficar, para efetivar sua estadia através do Airbnb, que ainda sim não poderá ser inferior a 30 dias, já que os legisladores locais buscaram equalizar a procura justamente pelo tempo de estadia, ficando permitido somente aos hotéis hospedarem períodos inferiores à um mês (ANGHEBEN, 2019).

Em outras partes de mundo, existe uma previsão mais efetiva para a tributação da plataforma. No próprio site do Airbnb, há uma parte voltada para informar aos usuários a possibilidade de tributação de algumas localidades, até como uma forma de expor aos hóspedes sobre as previsões tributárias existentes, até para não haver surpresas na hora de chegarem ao local reservado.

De acordo com as informações prestadas pelo site, existe a aplicação do IVA (imposto sobre valor agregado) em diversos países como África do Sul, Rússia, Suíça, União Européia, Uruguai, e demais países com um considerável fluxo de turistas (AIRBNB, 2020).

2.2 O AIRBNB NO BRASIL E A TRIBUTAÇÃO

No Brasil o Airbnb, em seu próprio site, dispõe que apenas a cidade baiana de Porto Seguro conta com um recolhimento de imposto. Trata-se de um imposto local chamado de “Imposto de Turismo” e atualmente é cobrado no valor de R\$ 2,60 por noite e por pessoa que visita a cidade (Airbnb, 2020). Apesar de ser um imposto local e não direcionado ao aplicativo, mas ao visitante da cidade, o imposto da cidade baiana e sua forma de ser cobrado poderia inspirar a arrecadação em outras cidades.

Em se tratando da cobrança de impostos que impactam diretamente da plataforma, o município goiano de Caldas Novas, localizado a cerca de 300 km de Brasília/DF, foi o pioneiro no Brasil. Por meio da Lei Complementar Municipal nº 99/2017, que entrou em vigor em 18/12/2017, o município regulamenta a

exploração de imóveis residenciais como meio de hospedagem remunerada. Dentre outras providências, a Lei Municipal, em seu artigo 9º afirma que o prestador de serviço de hospedagem, o anfitrião, deverá recolher, além de uma taxa anual de funcionamento, o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), utilizando como base de cálculo o preço da diária do imóvel residencial utilizado como hospedagem. cobrando Imposto Sobre Serviços (Caldas Novas-GO, 2017).

A cidade paulista de Ubatuba, localizada no litoral do estado, também é pioneira na regulamentação do tipo de hospedagens oferecida pelo Airbnb. Por meio da Lei Municipal nº 4.050 de 2017, que entrou em vigor em 08 de outubro de 2018, mas que já foi revogada. Atualmente a lei nº 4.410 de 2019 é que regula as hospedagens em residenciais particulares na cidade e trata o Airbnb como uma plataforma intermediadora. Diferente da cidade goiana, Ubatuba não cobra impostos nem taxas dos hóspedes ou dos anfitriões, apenas regulamenta a atividade e dá obrigações de fazer ao anfitrião, que estão dispostas no artigo 9º da lei da qual se destacam: respeitar as regras de saúde pública, manter um livro de reclamações visível e o cadastro na prefeitura (Ubatuba – SP, 2019).

2.3 A TRIBUTAÇÃO DO AIRBNB NO ÂMBITO FEDERAL

Como visto, a tributação da plataforma abordada ainda é escassa. Isso se dá pela novidade que é o fenômeno a qual se insere a plataforma e pela dificuldade do legislador em acompanhar as inovações do mercado. É o que acontece no âmbito federal brasileiro, porém há alguns projetos de lei em tramitação que buscam suprir essa falta de legislação específica sobre a tributação da plataforma Airbnb.

No Senado houve apenas dois projetos de lei propostos a tratar sobre o tema, porém não mencionam uma provável tributação, mas sim alterações na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei da Locação de Bens Imóveis). O primeiro, de autoria do Senador Ricardo Ferraço (MDB/ES), denominado Projeto de Lei nº 748, de 2015, que consistia em especificar em contrato a descrição dos imóveis e utensílios que guarnecem o imóvel locado, a pedido do locador (SENADO, 2015). O projeto de lei em questão foi arquivado em 21/12/2018. Já o segundo projeto, Projeto de Lei nº 2474, de 2019, de autoria do Senador Angelo Coronel (PSD/BA),

buscava regulamentar a locação de imóveis particulares em condomínios contratada por aplicativos ou plataforma de intermediação (SENADO, 2019).

Na Câmara o cenário de propostas legislativas é ainda mais escasso. Em verdade, há apenas dois projetos de lei denominados PL 7616/2017 e PL 6431/2016, ambos de autoria do deputado Thiago Peixoto (PSD/GO), que tem por objeto alterar a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para regulamentar a locação de imóveis residenciais por temporada por meio de sítios eletrônicos ou plataformas congêneres. Em conjunto, os projetos buscam acrescentar à lei em questão o artigo 48-A e seu parágrafo único, que tem por objeto sujeitar a locação por temporada feita por meio eletrônico ao disposto na lei de locação e, caso o município em que se situe o imóvel tenha instituído tributo cujo fato gerador seja a locação por temporada caberá à plataforma apurar, reter e repassar o tributo à administração municipal (Câmara dos Deputados, 2017).

Como visto, os projetos apresentados em ambas as casas legislativas não trazem uma solução concreta ao problema da tributação do Airbnb. Nesse sentido o terceiro capítulo do presente trabalho se prestará a abordar a possibilidade e viabilidade de tributação da plataforma por meio do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

3 AIRBNB E A POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO BRASILEIRA

O tributo é um elemento secular dentro da sociedade, onde já foi composto por inúmeras e diferentes formas, com diferentes vertentes dentro de sua natureza ao passar do tempo. Dentro dos parâmetros jurídicos modernos, é de fácil visualização que o tributo é um interesse coletivo, social, pois dá ao estado meios que possibilitam sua manutenção e desenvolvimento. Possibilitar a tributação de algo que hoje não é tributado, é dizer em aumento de arrecadação do poder público, que por si só, gera o interesse coletivo, pois os tributos arrecadados refletem na importante manutenção daquela parcela da sociedade que ali está representada pelo Estado.

À luz da Constituição Federal de 1988, fonte primária e norteadora das leis

no Brasil, deve-se primeiramente observar de forma analítica as espécies tributárias trazidas em seu texto, que reserva uma composição exclusiva para tratar do Sistema Tributário Nacional. Essa composição pode ser observada entre os artigos 145 ao 162, onde tem-se a matéria das espécies tributárias, determinando nelas a competência e a limitação dos entes quanto a sua cobrança (BRASIL, 1988).

Diante disso, deve-se salientar que para ocorrer de forma eficaz a norma jurídica tributária, deve-se ter os elementos essenciais na relação jurídica, que são: sujeito ativo, sujeito passivo, hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota, não configurando tributo com a ausência de qualquer destes elementos que compõem a norma jurídica tributária, invalidando assim a sua composição.

Portanto, observa-se a hipótese da incidência tributária, onde, advinda de um Estado democrático de direito que detêm uma ampla gama estrutural de direitos e garantias sociais, possa, também, em consequência de toda essa estrutura jurídica, garantir a incidência tributária, que é normalmente extraída dos direitos de liberdade e propriedade dos indivíduos, onde, nas palavras de Leandro Paulsen, não há direito sem Estado, nem Estado sem tributo (PAULSEN, 2017).

Para contextualizar a presente análise, deve-se verificar a incidência do fato gerador, onde este possa passar a materializar a hipótese de incidência dentre as relações jurídicas sob a ótica da esfera tributária.

3.1 DA TRIBUTAÇÃO E INCIDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO AIRBNB, COM A EXPLANAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03, LEI NO 11.771/08 E TAMBÉM DA PORTARIA N 100 DE 2011 DO MINISTÉRIO DO TURISMO.

De acordo com o estudo retratado, busca-se uma devida adequação tributária para a natureza dos serviços prestados pela plataforma Airbnb, como já relatado, a maior plataforma do mundo para formar a ponte de proprietário do imóvel e hóspede interessado em realizar a hospedagem no referido imóvel, analisando se, assim, caberia a configuração de um fato gerador que seja suficiente e relevante para provocar a seara tributária.

Diante dessa análise, devemos observar os “polos” dessa relação de consumo. De um lado, está o proprietário do imóvel disponibilizado para a hospedagem, qual seja, onde poderá haver a incidência dos tributos no ato da reserva, o Airbnb, que é ponte entre o anfitrião e o interessado, pois possibilita ao interessado o acesso às imagens e informações dos imóveis bem como seus preços para concluir a negociação e nisso atuando do início ao fim do processo, realizando tanto a operação de valores e contato bem como gerenciando todo o serviço prestado.

Observando o caso estudado, podemos definir na matéria e no presente estudo do tipo de prestação de serviço, a inclusão da possibilidade de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) ou simplesmente Imposto Sobre Serviços (ISS), previsto na CF/88, em seu artigo 156, inciso III, onde é de competência dos municípios a sua cobrança (BRASIL, 1988). O referido imposto, através da Lei Complementar nº 116 de 31 de abril de 2003, trouxe um rol significativo de serviços abrangidos e passíveis de tributação, bem como define quem é o contribuinte no serviço de hospedagem, através do artigo 5º da referida LC, que diz textualmente que “contribuinte é o prestador do serviço”.

Simple e direto, o artigo prevê como contribuinte o prestador do serviço tributado. No caso em apreço, dentro da relação de prestação de serviço analisada, o contribuinte é o anfitrião, é quem disponibiliza o seu imóvel para o hóspede, quem está prestando o serviço de hospedagem e também o Airbnb, que faz a intermediação e possibilita a realização serviço.

Aplicando a LC nº 116/03 e extraíndo o seu rol de serviços de forma mais específica ao caso estudado, na lista anexa da referida Lei Complementar, tem-se vários itens, em destaque os itens 9.01 e 9.02, onde já se pode vislumbrar semelhança ao que se é visto e compreendido nos serviços englobados pelo Airbnb, além de prever a relação do site, que se coloca entre o hóspede e o anfitrião, conforme podemos visualizar:

- 9.01 – Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat, apart-hotéis, hotéis residência, residence-service, suite service, hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com

fornecimento de serviço (o valor da alimentação e gorjeta, quando incluído no preço da diária, fica sujeito ao Imposto Sobre Serviços).

9.02 – Agenciamento, organização, promoção, intermediação e execução de programas de turismo, passeios, viagens, excursões, hospedagens e congêneres.

Assim posto, pode-se compreender de forma clara que os itens supracitados da referida Lei Complementar nº 116, de 31 de abril de 2003 prevê diversos serviços passíveis de tributação de diferentes modalidades de hospedagem, dentre eles, através do item 9.01, encontra-se facilmente no site do Airbnb os mesmos exemplos previstos para a efetiva reserva. Ainda há o item 9.02, prevendo de forma abrangente a organização de diversas modalidades com fins relacionados a hospedagem, onde entraria a figura do Airbnb como contribuinte, nos termos do já citado artigo 5º do mesmo dispositivo legal, uma vez que o site faz a ponte e torna possível o serviço do anfitrião para com o hóspede, tornando-o um prestador de serviços além do anfitrião.

Ainda que restem dúvidas quanto à caracterização de hospedagem relacionada aos serviços prestados pelo Airbnb para a hipótese de incidência do ISS dentro dos parâmetros legais, temos ainda novas definições, que exemplificam e afastam eventuais lacunas quanto ao entendimento de hospedagem.

A Lei Federal nº 11.771 de 2008, que trata da Política Nacional de Turismo, pode ser utilizada para desmistificar demais questionamentos que ainda poderiam restar relacionados à LC 116/02. No artigo 21 da Lei 11.771/08 tem-se uma nova previsão quanto aos meios de hospedagem, que podem ser vistos sob a ótica do que é ofertado pelo Airbnb, conforme segue:

Art. 23. **Consideram-se meios de hospedagem** os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, **destinados a prestar serviços de alojamento temporário**, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e **cobrança de diária**. *(grifo nosso)*

No referido artigo, podemos ver que a lei traz a previsão para o entendimento de hospedagem os serviços de alojamento temporário, independentemente de sua forma de constituição, mediante uma cobrança diária,

todos presentes diante do caso estudado e comumente visto no site do Airbnb, solidificando a natureza de hospedagem à plataforma.

Nessa esteira, complementando a caracterização de hospedagem, é importante citar a classificação trazida pelo Ministério do Turismo, através da Portaria nº 100, de 16 de junho de 2011, ainda vigente, que assim aduz:

(...)

IV – Cama e Café: hospedagem em residência com, no máximo, três unidades habitacionais para uso turístico, com serviços de café da manhã e limpeza, na qual o possuidor do estabelecimento reside; (grifo nosso)

(...)

Voltando à citação da hipótese de incidência existente na esfera tributária, fica clara a natureza do serviço prestado através do Airbnb, no presente estudo, onde a hipótese de incidência cabe ao serviço de hospedagem possibilitado e ofertado pelo site, sendo assim possível a incidência do ISS na relação entre hóspede, anfitrião e também pelo intermediário do serviço, ou seja, o próprio Airbnb, que pode ser entendido como um prestador de serviços dentro dessa relação de consumo.

4 CONCLUSÃO

O estudo retratado trouxe a possibilidade de tributação do Airbnb através do ISS mediante toda a legislação tributária vigente, dentro das disposições legais e previstas por diferentes dispositivos legais.

O Código Tributário Nacional (CTN) data de 1966, não sendo o mesmo, em alguns casos, suficiente para prever diversas matérias atuais passíveis de tributação, por isso, se recorre várias vezes a novas leis, portarias e demais previsões legais já existentes para suprir diferentes demandas.

No caso em apreço, temos a economia compartilhada, um fenômeno global que modificou amplamente serviços que eram tidos como tradicionais no tocante à oferta e demanda e que mudaram o mundo aliados a tecnologia, um deles foi o Airbnb, uma gigante plataforma de hospedagem a nível mundial que utiliza única e exclusivamente o ambiente virtual para seu fim, que é possibilitar a ponte entre o

interessado em se hospedar em determinado local e o anfitrião, que detém o imóvel no local desejado pelo futuro hóspede.

No Brasil, cabe tributar os serviços de hospedagem através do ISS, previsto na LC 116/03 suas previsões e rol de serviços tributáveis, e dentro disso estão elencados os diferentes meios que classificam como hospedagem o que oferece o Airbnb, bem como também prevê o prestador desse serviço de promoção da própria hospedagem, englobando assim o anfitrião e o Airbnb como prestadores de serviços, e, por consequência disso, possibilitando ambos de serem tributados e assim, aumentar a arrecadação do Estado para com os tributos que hoje não são obtidos e que é de interesse público.

REFERÊNCIAS

AIRBNB, 2020. **Recolhimento e repasse de impostos de ocupação pelo AirBnB no Brasil.** Disponível em

<<https://www.AirBnB.com.br/help/article/2281/recolhimento-e-repasse-de-impostos-de-ocupa%C3%A7%C3%A3o-pelo-AirBnB-no-brasil>> Acesso em 23 de abril de 2020.

AIRBNB, 2020. **O que é IVA e como ele se aplica a mim?** Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/436/o-que-%C3%A9-iva-e-como-ele-se-aplica-a-mim>>. Acesso 20 de abril de 2020.

ANGHEBEN, Fabio. **Airbnb Em Nova York: É Proibido? Como Funciona?**. DICAS NOVA YOUR, 2019. Disponível em :<<https://dicasnovayork.com.br/airbnb-em-nova-york/>> . Acesso em de maio de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de número 6.431/2016**. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, para regulamentar a locação de imóveis residenciais por temporada por meio de sítios eletrônicos ou plataformas congêneres. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2116195>>. Acesso em 08 de maio de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de número 7.616/2017**. Dispõe sobre a Criação de Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico para custeio de atividades relacionadas ao fomento, incentivo e desenvolvimento da ciência e tecnologia e dá outras providências. Disponível em<camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1557038&filena me=PL+7616/2017>. Acesso em 08 de maio de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 27 março de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de Julho de 2003**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm >. Acesso em 24 de março de 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.771, de 17 de Setembro de 2008**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11771.htm>. Acesso em 22 de março de 2020.

BRASIL. Portaria nº 100, de 16 de junho de 2011. Ministério do Turismo. Disponível em: <<http://www.turismo.gov.br/legislacao/?p=175>>. Acesso em 22 de Março de 2020. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 748**, de 2015. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124165>> Acesso em 05 de abril de 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2474, de 2019**. Altera a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136443> > Acesso em 05 de abril de 2020.

CALDAS NOVAS – Goiás. **Lei Complementar Municipal nº 99/2017**. Disponível em <<http://leis.camaradecaldas.go.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Lei-Complementar-099-2017-Regulamenta-a-explora%C3%A7%C3%A3o-de-im%C3%B3veis-residenciais-como-meio-de-hospedagem-remunerada-no-munic%C3%ADpio-de-Caldas-NovasGO.pdf>> Acesso em: 23 de abril de 2020.

CARNEIRO, Virgínia Conceição Vasconcelos; CARNEIRO, Valtency Vasconcelos. **Da posse ao acesso: o papel da Economia Compartilhada para o Consumo Sustentável**, 2017. Disponível em <<http://engemausp.submissao.com.br/19/anais/arquivos/495.pdf>> Acesso 05 de abril de 2020.

CHOI, H. R.; CHO, M. J.; LEE, K.; HONG, S. G.; WOO, C. R.. **The business model for the sharing economy between SMEs. WSEAS Transactions on Business and Economics**, 2014. Disponível em: <<http://www.wseas.org/multimedia/journals/economics/2014/a125707-287.pdf> > Acesso em 02 de maio de 2020.

CLAY, Shirky. **Lá vem todo mundo: o poder de organizar sem organizações**. Zahar, Rio de Janeiro, 2012.

MORALES, Fernanda. **AirBnB: a história da startup que, hoje, vale 1 bilhão de dólares**. Canaltech, 2020. Disponível em:

<[https://canaltech.com.br/curiosidades/AirBnB- Plataforma-de-de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/](https://canaltech.com.br/curiosidades/AirBnB-Plataforma-de-de-hospedagens-traz-opcoes-para-todo-o-tipo-de-turista/)>. Acesso em: 20 de março de 2020.

PAULSEN, Leandro; **Curso de direito tributário completo**, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Raphael Andrade; PAIVA, Matheus Silva de; DINIZ, Gustavo Saad. **Desafios Jurídico-Regulatórios e Economia Compartilhada: Elementos para uma Reflexão Crítica**, 2017. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27272>> Acesso em 02 de abril de 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; D'FONSECA, Thaís Cláudia ; ANTONIETA Maria.

Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber, 2017.

Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/14661>> Acesso em 15 de abril de 2020.

UBATUBA – São Paulo. **Lei Número 4140 de 2019**. Disponível em

<[http://www.legislacaocompilada.com.br/camaraubatuba/Arquivo/Documents/legislacao/im age/L41402019.PDF](http://www.legislacaocompilada.com.br/camaraubatuba/Arquivo/Documents/legislacao/im%20age/L41402019.PDF)> Acesso em 23 de abril de 2020.

**Clique para voltar
ao Sumário**



ESTELIONATO SENTIMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE DE DECISÕES.

**Juliana Alves Pinheiro Tannure Gisele Pereira De Farias Dias (Orientador:
Prof. Dr. Sidio Rosa de Mesquita Júnior)**

RESUMO: O estelionato sentimental é tema de muita polêmica no âmbito do Direito, diante da dificuldade de se observar e interpretar as intenções em uma relação afetiva. Neste sentido, o trabalho irá analisar a conformação do estelionato sentimental no direito brasileiro, por meio do estudo de casos julgados. Observa-se que a fraude civil busca o lucro do negócio, enquanto a fraude penal visa ao lucro ilícito. Neste sentido o tema proposto torna-se fundamental devido a necessidade de: incluir este crime no código penal como uma nova tipificação e discutir a flexibilização para caracterização de responsabilidade civil. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e análise de decisões. Verificou-se a atualidade do tema, a não existência da tipificação do crime de estelionato sentimental no código penal, logo tem-se a utilização do artigo 171 de forma geral. A partir da construção jurisprudencial, observa-se as decisões baseadas no direito civil e no reconhecimento de preservar e reparar com os danos materiais.

Palavras-chaves: Direito Penal, Direito Civil, Relacionamento não protegido, Danos Morais e Materiais.

ABSTRACT: The romance scams and victimhood is the subject of much controversy in the field of law, given the difficulty of observing and interpreting intentions in an affective relationship. In this sense, the work will analyze the conformation of the sentimental fraud in Brazilian law, through the study of judged cases. It is observed that a bibliographic research and analysis of decisions was carried out. It was verified that the theme was up-to-date, that there was no typification of the crime of sentimental fraud in the penal code, so there was the use of article 171 in general. From the jurisprudential construction, decisions based on civil law and the recognition of preserving and repairing with material damages are observed.

Keywords: Criminal Law, Civil Law, Unprotected Relationship, Moral and Material Damage.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo analisar a conformação do estelionato sentimental no direito brasileiro, por meio do estudo de casos julgados. O

estelionato sentimental ou estelionato afetivo é uma prática que se configura a partir de relações de caráter emocional e amoroso, cujo conceito se empresta da definição elencada no Art. 171 do Código Penal, que define o estelionato quando uma pessoa quer "obter para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer meio fraudulento".

Neste trabalho apresenta-se os fundamentos da configuração típica do estelionato no direito penal brasileiro, seus elementos normativos e procurar associar com as características e efeitos no caso de estelionato sentimental, fundamentando-se do entendimento de decisões proferidas em casos processuais julgados no Distrito Federal.

O código penal tipifica o delito de estelionato por meio da redação constante de seu art. 171. E a partir do direito cível observa-se que o ordenamento jurídico alberga possibilidades de reparação de danos quando demonstrado o abuso do direito, mediante o desrespeito dos deveres que decorrem da boa-fé objetiva, ou seja, se no caso uma das partes de fato agiu de má-fé para obter proveito econômico do parceiro, induzindo-o ao erro e ao endividamento, ocorrendo a quebra da boa fé objetiva.

Deseja-se que, por meio do aprofundamento dogmático do estelionato sentimental e da discussão de tópicos polêmicos e atuais, disseminar as publicações, inovações de abordagens e críticas sobre as interpretações judiciais deste tipo de crime, que auxiliará na construção jurisprudencial mais equânime para estes casos cada vez mais frequentes, sobretudo considerando-se as situações de relacionamentos não protegidos e a não tipificação do crime no código penal brasileiro.

O problema de pesquisa consiste na tênue linha que separa os atributos de um ato ilícito e de um crime, existem lacunas na prática judicial, especialmente no que diz respeito aos requisitos conformadores do estelionato. Desta forma, não se pode omitir que num relacionamento há a legítima expectativa de ajuda mútua, o que não deve ser confundido com a má-fé para deliberadamente obter proveito econômico do parceiro, logo fatos que caracterizariam estelionato são juridicamente aceitos como inerentes e comuns.

2 CONFIGURAÇÃO TÍPICA DO ESTELIONATO NO DIREITO BRASILEIRO

A temática mais complexa dos delitos afetivos ou sentimentais pertence aos aspectos dogmáticos do estelionato, dentro do contexto no arcabouço normativo brasileiro. Pois não existe previsão típica no Código Penal em vigor. Podem-se mencionar as diferentes possibilidades de objetividade jurídica do delito, os limites conceituais do engano típico ou, até mesmo, eventual configuração de estelionato a partir de conduta inerente aos relacionamentos.

Com relação à conduta atualmente incriminada no Brasil, deve-se assinalar que a formulação trazida pelo art. 171 do Código Penal vigente alicerça-se sobre quatro pilares- mestres: ardil, erro, vantagem ilícita e prejuízo. Esta é a configuração tradicional da conduta, assim definida por Reale Júnior:

O estelionato (...) constitui um polinômio, composto pelos elementos ardil ou fraude, que induz ou mantém alguém em erro, estabelecendo-se no plano psicológico uma relação causal entre o ardil e o erro, levando a pessoa à qual se dirige o ardil a praticar um ato de disposição, que conduz à obtenção de uma vantagem econômica ilícita de um lado e causa um prejuízo patrimonial de outro.¹

Como descreve João Roberto Parizatto:

Estelionato advém de *stellio*, que identifica uma espécie de lagarto ou camaleão, que tem nas costas sinais em forma de estrela e que muda constantemente de cor em vista do ambiente em que se encontra, sendo ágil em suas investidas. Em face dessas constantes mudanças, o lagarto ilude os insetos de que se serve de alimento, enganando-os.²

O Código Penal tipifica o delito de estelionato por meio da seguinte redação:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante

¹ REALE JÚNIOR, Miguel. Dever de lealdade do administrador da empresa e direito penal. In: Miguel Reale; Miguel Reale Júnior; Eduardo Reale Ferrari. (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004. p. 247.

² PIRIZATTO, JOÃO Roberto. *Dos crimes contra o patrimônio*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 141.

artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Para Rogério Greco,³ desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos e intenções para, de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese, lhe seriam indevidas.

Em contrapartida ao direito penal, o tema do estelionato sentimental tem sido discutido e chamando a atenção no mundo jurídico, sobretudo com relação a questão de responsabilidade civil nas relações afetivas não protegidas (namoro, noivado, relacionamento virtual) no âmbito civil em comparação as protegidas (casamento, filiação e união estável).⁴

Nesta análise o estelionato caracteriza-se como uma espécie de delito subsidiário, de definição genérica e as questões relativas ao objetivo jurídico, proteger a inviolabilidade patrimonial e, também a boa-fé, existindo segurança, fidelidade e veracidade dos negócios jurídicos patrimoniais, mostra-se em caráter secundário, já que o estelionato é um crime contra o patrimônio.⁵

O objeto jurídico do estelionato é o patrimônio e o objeto material é a coisa ou o bem atingido. Para que haja estelionato será necessário:

1º) o emprego pelo agente, de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento;

2º) induzimento ou manutenção da vítima em erro;

3º) obtenção de vantagem patrimonial ilícita pelo agente;

4º) prejuízo alheio (do enganado ou de terceira pessoa). Portanto, mister se faz que haja o duplo resultado (vantagem ilícita e prejuízo alheio) relacionado com a fraude (ardil, artifício etc) e o erro que esta provocou.

Sobre a distinção entre a fraude civil e fraude penal, pode-se resumidamente, dizer que a fraude civil busca o lucro do negócio, enquanto a

³ GRECO, ROGÉRIO. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2015. v. 3, p. 228.

⁴ CASTRO, MARIA L. Estelionato sentimental: uma nova abordagem de responsabilidade civil frente às relações afetivas não protegidas juridicamente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal. 2016. 53 f. p. 18.

⁵ PAES, ANDRE B. Crime de Estelionato - Artigo 171 do Código Penal Brasileiro - Âmbito Jurídico. Portal Jurídico da Interne. 2019. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-de-estelionato-artigo-171-do-codigo-penal-brasileiro/>

fraude penal visa ao lucro ilícito.⁶

Observa-se algumas teorias para que justifiquem a distinção entre as duas espécies de fraudes, civil e penal. Entretanto, seguindo o pensamento de Cezar Roberto Bittencourt: fraude é fraude, em qualquer espécie de ilicitude – Civil ou Penal⁷. Para este autor na fraude civil o lucro está objetivado no próprio negócio, enquanto na fraude penal, visa-se o lucro ilícito, vantagem sobre direito alheio. Neste sentido, somente razões político-criminais podem justificar a separação, em termos de direito positivo, entre fraude civil e penal.

3 CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS DO ESTELIONADO SENTIMENTAL

Indivíduos sem escrúpulos têm reconhecido o potencial para realização dos golpes e fraudes no ambiente sentimental por meio do uso da *internet* e das redes sociais.⁸ É crescente a preocupação com a extensão desses tipos de delitos, e coloca em evidência a discussão necessária sobre o estelionato sentimental sobre o amparo do direito penal e civil brasileiro.

Na verdade, dada a popularidade do mercado de namoro virtual e as implicações econômicas e emocionais significativas, talvez não seja surpreendente que este tornou-se um dos principais focos de fraudadores e golpistas.⁹ Trata-se de um golpe muito bem sucedido que causa danos financeiro e emocional considerável para suas vítimas.¹⁰

Rege resume de forma geral o esquema fraudulento, na qual os contatos entre os estelionatários e as vítimas se iniciam com o uso da internet ou relacionamento por redes sociais e assim se estabelece um forte vínculo que pode durar de 6 a 8 meses. Em seguida, eles solicitam dinheiro as vítimas através da criação de histórias diversas e de circunstâncias trágicas ou desesperadas, como

⁶ DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 396.

⁷ BITENCOURT, CEZAR R., *Código Penal Comentado / Cezar Roberto Bittencourt*. – 5. Ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2009 p.670

⁸ BERGIEL, B. J., BERGIEL, E. B., BALSMEIER, P. W. (2008). Internet cross border crime: A growing problem. *Journal of Website Promotion*, 3(3), 133-142.

⁹ FAIR, J. E., TULLY, M., EKDALE, B., ASANTE, R. K. B.. Crafting lifestyles in urban Africa: Young Ghanaians in the world of online friendship. *Africa Today*, 2009, 55(4), p. 28-49.

¹⁰ KOPP, Christian; LAYTON, Robert, SILLITOE, Jim , GONDAL, Iqbal . The Role of Love stories in Romance Scams: A Qualitative Analysis of Fraudulent Profiles. *International Journal of Cyber Criminology*. Vol 9 Issue 2 July – December 2015.

roubo de documentos pessoais durante a viagem, fundos hospitalares inesperados ou despesas de viagem, estes volumes de recursos podem ser depositados ou extorquidos antes do golpe ser descoberto.¹¹

No âmbito criminal, o estelionato sentimental pode ser definido pelo art. 171 do código penal, devido a ação de crime por manter ou levar alguém em situação de erro utilizando-se do sentimento, amor ou afeto da pessoa, obtendo para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio.

O Código Civil, em seu art. 186, exprime que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.¹² Desta forma, o código civil conceitua ato ilícito quando diz que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Somando-se a preocupação com a perda financeira existe a evidência com relação aos sérios danos sociais e psicológicos causado pelos golpes do estelionato sentimental.¹³ Esses crimes têm como alvo pessoas vulneráveis, românticos ou solitários à procura de amor e companheirismo, os indivíduos empregam várias táticas para fazer a vítima desenvolver fortes sentimentos pessoais. As vítimas são encorajadas a construir uma relação pessoal virtual de forma íntima, durante o qual eles mostram padrões normais de relacionamento e comportamento, tais como partilha de emoções, revelando informações pessoais como segredos e desejos, e também prestar apoio pessoal. As pessoas que estavam envolvidos no golpe de estelionato sentimental descrevem-se regularmente como vítima, mesmo que não tenham sofrido qualquer perda financeira.¹⁴

No fluxo de eventos, é depois do estabelecimento de uma profunda confiança entre ambas pessoas, estabelece-se uma situação de angústia, uma necessidade de dinheiro ou de apoio financeiro, que continua ao longo do período

¹¹ REGE A. What's love got to do with it? Exploring online dating scams and identity fraud. *International Journal of Cyber Criminology*, 2009; 3:p. 494–512.

¹² Estabelece o Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹³ ROSS, S., SMITH, R. G. (2011). *Risk factors for advance fee fraud victimisation*. (No. 420). Canberra: Australian Government: Australian Institute of Criminology.

¹⁴ WHITTY, M. T. (2013). *Anatomy of the online dating romance scam*. *Security Journal*, 28(4) 443-455.

no relacionamento virtual. Durante esse tempo, a vítima vai sacrificar recursos financeiros consideráveis, e não é raro que, quando todos esses recursos financeiros foram esgotados, a vítima vai começar a sugerir maneiras diferentes para ajudar. No entanto, os estelionatários não se interessam pelos meios alternativos e quando estas sugestões são rejeitadas, a maioria das vítimas percebem que o relacionamento é uma farsa e o término é então realizado pela vítima ou pelo fraudador.¹⁵

Devido aos seus efeitos, o estelionato sentimental tem sido cada vez mais discutido e chamando a atenção no mundo jurídico, pois promover a discussão com relação a questão penal e de responsabilidade civil nas relações afetivas não protegidas.

Farias e Rosenvald afirmam:

A caracterização do namoro passa pela noção de modalidade de relacionamento sentimental e/ou sexual entre duas pessoas, que apresenta um grau de comprometimento inferior ao do casamento, podendo se caracterizar como um pré-requisito para o noivado ou o casamento.¹⁶

Desta forma, o namoro e os relacionamentos temporários (casos, ficantes) são relações afetivas que não apresentam proteção jurídica constitucional e infra constitucional como as observadas para o casamento e união estável, porque é caracterizado pela autonomia de vontade entre as partes, sendo baseada apenas em laços afetivos e relações passageiras, não tendo como requisito principal o ânimo de constituir família e por consequência tem-se uma suposta ausência de proteção patrimonial, pela liberalidade que convém as partes relacionadas.¹⁷

Por outro lado, com a evolução do direito e as diversas situações patrimoniais e morais atinentes as relações afetivas, surgem conflitos no sentido de observar a ocorrência atos de crimes e de ilicitudes civis.

¹⁵ BUCHANAN, T., WHITTY, M. T. (2014). *The online dating romance scam: Causes and consequences of victimhood. Psychology, Crime & Law*, 20(3), 261-283.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012. p. 27.

¹⁷ CASTRO, MARIA L. Estelionato sentimental: uma nova abordagem de responsabilidade civil frente às relações afetivas não protegidas juridicamente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal. 2016. 53 f. p. 25.

4 ELEMENTOS NORMATIVOS DO DELITO DE ESTELIONATO, NO DIREITO PENAL E CIVIL

A nova realidade nas formas de relacionamento provoca a necessidade de reanálise dos pressupostos do direito de família. É fundamental a revisão dos dogmas existentes relativos à temática das relações afetivas, pois impõe-se a observação e o respeito a liberdade e igualdade em todas as dimensões. Desta forma, estas questões devem ser pautadas pela máxima valorização dos vínculos, e não pela ordem patrimonialista e desigual vigente.¹⁸

Neste sentido, deve-se garantir os direitos e garantias fundamentais inerentes ao próprio indivíduo, bem como a sistemática para reparação nos casos em que há violação de tais direitos, consistindo, portanto, no fenômeno de crime pelo código penal ou a responsabilidade civil conforme o código civil.

Dentro da concepção do código penal é premissa necessária a existência do bem jurídico, a aceção penal de patrimônio que traz a discussão em torno da objetividade jurídica indispensável para identificação satisfatória dos elementos normativos do estelionato.¹⁹

Para além da função de restringir a atividade fraudulenta, o bem jurídico apresenta-se como o centro da injustiça típica, haja vista não existir crime sem lesão - ou perigo de lesão - a um bem jurídico previamente abarcado por lei incriminadora.

Para Polaino Navarrete “O Bem jurídico é definido como qualquer bem ou valor, de propriedade pessoal ou coletivo, avaliado normativamente e estimado como digno, merecedor e necessitando de proteção legal máxima”.²⁰

Um dos tipos de bem jurídico relacionado e importante relacionado ao delito de estelionato é a confiança. Na estruturação das relações jurídicas patrimoniais entre particulares tem-se a confiança, a fidúcia de que uma vez

¹⁸ CUTRIM NETO, Edson Pereira. *Repercussões cíveis pelo rompimento de relações afetivas*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Monografia. Curso de Direito, 2015. 59 f. p. 26.

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 27.

²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general*. Teoría jurídica del delito. Barcelona: Bosch, 2000. v. 1., t. II, p. 603.

celebrado o negócio jurídico o outro componente tenderá a cumpri-lo, salvo situação extraordinária. Na hipótese dos entes privados não possuírem a previsibilidade quanto ao bom andamento do negócio que estão a realizar, essa insegurança poderia insuflar uma atmosfera de inadimplemento negocial, a partir do temor de descumprimento e/ou prejuízo em outros enlances contratuais.²¹

A perspectiva do valor confiança como um ordenador das relações sociais reforça o papel como bem jurídico digno de tutela. Sem um mínimo de confiança para reger a circulação de bens e serviços, as atividades que dependem do fluxo do mercado evoluiriam de maneira seguramente retraída. Desta forma, a previsibilidade e segurança jurídica, são a estrutura deste bem jurídico. Os contraentes não podem instigar expectativas nas contrapartes que sabem que não virão a se concretizar.²² E neste sentido, a configuração de estelionato sentimental como crime, encontra resistência para a sua comprovação.

Existem segmentos da doutrina²³ que afirmam que a liberdade de disposição pode ser um dos valores afetados pela conduta de estelionato. Sinteticamente, pode-se afirmar que a fraude gera um prejuízo patrimonial a partir de um vício cognitivo. Caso o enganado possuísse plena consciência de todas as circunstâncias envolvidas na disposição patrimonial a ser feita ao agente do engano, ou a terceiro beneficiário do crime, possivelmente não a concretizaria.

Para Joecks²⁴ o tipo penal do estelionato, depende, para sua consumação, não apenas de um dano aos ativos de alguém, mas que esse dano ocasione um engano bastante à vítima, que teve suas expectativas frustradas no acordo de vontades com o agente delitivo. Entende-se, contudo, que a violação da liberdade de disposição se trata, de uma consequência do delito de estelionato, e não do bem jurídico especificamente tutelado pela norma incriminadora.

Não se pode duvidar que num relacionamento há a legítima expectativa de ajuda mútua, o que não deve ser confundido com a má-fé para deliberadamente

²¹ CUTRIM NETO, Edson Pereira. *Repercussões cíveis pelo rompimento de relações afetivas*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Monografia. Curso de Direito, 2015. 59 f. p. 31.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte especial* 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 560.

²³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.p. 240.

²⁴ JOECKS, Wolfgang. *Strafgesetzbuch – Studienkommentar*. 8 Auflage. München: C. H. Beck, 2009, p. 59.

obter proveito econômico do parceiro. Desta forma, é difícil identificar os elementos caracterizadores de estelionato afetivo ou emocional, a ensejar a pretensa reparação ou tipificação como crime.

Por outro lado, sobre a tutela da responsabilidade civil, verifica-se a existência do dolo pretérito que se consubstancia na criação de uma confiança que se sabe antecipadamente que não será correspondida, ensejando uma violação dos deveres de boa fé e passível de arbitramento de reparação. Para Carneiro da Frada²⁵ a responsabilidade por violação da regra da boa fé acaba por viabilizar a proteção daquele que é induzido em erro em negócio celebrado com base em representações distorcidas da realidade.

Inicialmente a noção de responsabilidade civil tem como princípio o fato de que aquele que violar direito e causar dano a outrem, seja na sua forma moral ou material, cometendo, um ato ilícito, terá de restabelecer o bem ao seu status quo ante e, ainda, caso não seja possível efetivar esse restabelecimento, deverá o agente reparar a vítima pecuniariamente.

Maria Helena Diniz relata que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).²⁶

Para a reparação dos danos materiais e imateriais frente aos princípios constitucionais é indispensável a comprovação da ofensa a dignidade da pessoa humana, a torpeza em relação a boa fé objetiva e a afetividade, no caso do estelionato sentimental. O julgador deve valer-se de parâmetros cuidadosos para verificar a ocorrência ou não de violação capaz de gerar a indenização pelo dano moral, para que se evite enriquecimento sem causa e as indenizações infundadas. Associada a esta análise, a responsabilidade civil subjetiva possui três pressupostos

²⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 468.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34.

de admissibilidade, que são a existência de uma conduta (ação), presença de um dano e o nexo de causalidade. Cavalieri Filho²⁷, acrescenta que o nexo causal é o elemento norteador entre a conduta e o resultado, através do qual se pode aferir quem causou o dano.

O princípio da dignidade da pessoa humana é de grande importância na tutela dos direitos do homem frente à sociedade nas relações privadas e públicas, pois se considera de alto valor na proteção do mínimo existencial do indivíduo, sendo um fundamento essencial da Constituição Federal.

Para Alexandre Moraes:

Tamanha é a magnitude do princípio da dignidade humana, que tem caráter espiritual e moral inerente à pessoa. E se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito de todos, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. De modo que somente de forma excepcional, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas nunca menosprezando a necessária estima de que são merecedoras todas as pessoas enquanto seres humanos.²⁸

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁹

Diante da importância do princípio relacionados aos casos de estelionato sentimental, pois as vítimas relatam danos sociais (imagem denigrada e rebaixada)

²⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito de Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21-22

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62.

e psicológicos (depressão, pânico, perseguição), sendo possível a busca pela tutela deste direito por meio da responsabilidade civil, desde que caracterizada e comprovada seus elementos norteadores.

O princípio da boa-fé está intrinsecamente ligada à conduta ética do ser humano frente ao outro, no sentido de que todos devam agir com lealdade, sinceridade, na busca de uma clareza na relação jurídica, evitando incidentes que possam causar lesividades às partes. Salienta-se que este princípio não está somente ligado aos contratos jurídicos, como também em toda e qualquer relação que envolva pessoas, de modo que a todo custo devem ser evitados atos ilícitos que provoquem danos à outra parte ensejando por consequência a responsabilidade civil ou a responsabilidade criminal.

Para Cristiano C. Farias e Nelson Rosenvald:

O venire contra factum proprium (ou proibição do comportamento contraditório) evidencia de modo tão imediato a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, conforme o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio. Pois bem, a proibição do comportamento contraditório é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).³⁰

Portanto, o ordenamento jurídico veda o comportamento que comprometa a expectativa gerada entre as partes, pois essa frustração remete o lesado ao sofrimento do ato ilícito, que gera danos e consequentemente o desequilíbrio da relação, já que a confiança foi rompida e o *status quo* denegrido.

No estelionato sentimental ou afetivo observa-se a quebra da boa-fé objetiva na medida em que um dos protagonistas do relacionamento amoroso, valendo-se de artifícios, ardis e dissimulação, induz o outro à falsa percepção dos seus efetivos intentos, levando-o a erro como forma de obter para si vantagem ilícito em prejuízo do outro, induzido a falsa percepção dos intentos e envolve-se em obrigações pecuniárias em proveito exclusivo do protagonista do ilícito.

Estes fatos acontecem associado principalmente ao princípio da afetividade.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012. p. 146.

O princípio da afetividade engloba direitos relacionados à família, pois é onde mais se encontra o afeto entre as pessoas. Manifestado na forma de carinho, compaixão que é demonstrado à uma pessoa, no âmbito familiar e dos relacionamentos amorosos.

Arnaldo Rizzardo comenta que:

É conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior.³¹

A afetividade quando utilizada como o meio de enriquecer ilicitamente, para a responsabilidade civil, está ligada não ao dano material, mas sim ao dano moral. Com a valorização do sentimento da vítima, pode-se avaliar a condenação ao pagamento do dano moral daquele que abusa do afeto e confiança de seu par amoroso. No entanto, vai além de apenas um mero rompimento ou aborrecimentos do cotidiano, tem-se que comprovar a ofensa a dignidade da pessoa humana.³²

Desta forma, no princípio da afetividade é controversa a possibilidade de reparação moral e material quando não se tem validada a expectativa do recebimento do afeto. Muito se avalia que não haveria essa obrigação recíproca de sentir afeto pela outra pessoa, porque tal atitude não constitui ato ilícito, não havendo o que se falar em dever de reparação, malgrado em alguns casos seja uma atitude reprovável.³³

Desta forma, os princípios destacados da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da afetividade são determinantes ao ordenamento jurídico, para análise e julgamento dos casos de estelionato sentimental, sobre o ponto de vista da responsabilidade civil. Que devem ser parametrizados pela comprovação da culpa e do nexo de causalidade.

³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 691.

³² GIOVANNETTI, Rafaela Eleutério. *A repercussão da responsabilidade civil no estelionato sentimental*. Monografia de Conclusão de Curso Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, PR, 2018. 66f. p. 14.

³³ CASTRO, Maria L. *Estelionato sentimental: uma nova abordagem de responsabilidade civil frente às relações afetivas não protegidas juridicamente*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Cacoal: Universidade Federal de Rondônia, 2016. 2016. 53 f. p. 40.

Alguns parâmetros para a caracterização da responsabilidade civil são importantes e um deles trata-se da comprovação da culpa, seja ela propriamente dita ou apenas o dolo. Nos casos de estelionato sentimental observa-se uma grande dificuldade de sua confirmação, e por consequência, a complicação da vítima em ser ressarcida pelo prejuízo sofrido.³⁴

De forma clara o entendimento seria de que o causador do dano utilizou do afeto de sua namorada para auferir vantagens patrimoniais, logo caberia a responsabilidade civil e consequente reparação de danos materiais. Entretanto, no ordenamento jurídico não aduz que realizar pagamentos, dar presentes ou emprestar dinheiro no curso de um relacionamento seja proibido e nem considerado um ato ilícito. Ao contrário disso, visto que partir do momento que envolve afeto, uma pessoa tem o desejo de ajudar ao outro, sendo consideradas espontâneas.

Arnaldo Rizzardo define culpa:

Sabe-se que a culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência ou imprudência, no que se expande em sentidos equivalentes, como descuido, imperícia, distração, indolência, desatenção e leviandade. No sentido lato, abrange o dolo, isto é, a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos.³⁵

Logo, de acordo com Rubem Valente a comprovação da culpa é necessária para a configuração da responsabilidade civil:

Como a finalidade da responsabilidade civil é gerar uma obrigação que conduza à integral reparação do dano causado na vítima, não há diferença entre o comportamento doloso e o culposo para o direito civil. A análise de dolo ou culpa é pressuposto apenas da responsabilidade civil subjetiva.³⁶

³⁴ GIOVANNETTI, Rafaela Eleutério. *A repercussão da responsabilidade civil no estelionato sentimental*. Monografia de Conclusão de Curso Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, PR, 2018. 66f. p. 25.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 28.

³⁶ VALENTE, Rubem. *Direito civil facilitado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 294.

Um segundo parâmetro trata-se do nexo de causalidade, considerado indispensável para qualificação da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva. Desta forma, no caso de estelionato sentimental é fundamental que a vítima comprove o nexo causal entre a ação ou omissão cometida pelo agente e o dano sofrido. Esse reconhecimento é tão difícil quanto a constatação da culpa. Para Flavio Tartuce:

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual a responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém.³⁷

Desta forma, para a caracterização do estelionato sentimental numa ação de responsabilidade civil, é necessária a comprovação da culpa e o nexo de causalidade para buscar ressarcimento. Do contrário, não caberá ação de enriquecimento sem causa e reparação de danos.

5 ANÁLISE DE DECISÕES DE ESTELIONATO SENTIMENTAL

A pesquisa apresentou decisões que se debruçaram sobre o estelionato sentimental com fraude criminal e fraude civil. Foram analisadas três processos, sendo um referente a Máfia Nigeriana com investigação voltada à apuração de crime (código penal) de estelionato sentimental³⁸, outro trata-se de um recurso de apelação interposto de responsabilidade civil devido a ato ilícito de estelionato sentimental do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)³⁹ e uma outra apelação de ação indenizatória (código civil) com danos morais e tutela de urgência de bens entregues durante relacionamento amoroso, com alegação de

³⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 369.

³⁸ DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Criminal Processo n. 20170020133742MCC (0014286-21.2017.8.07.0000). CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL Representação da DEAM pela prisão preventiva dos supostos integrantes da "Máfia Nigeriana". Investigação voltada à apuração de crime de "estelionato sentimental" ("romance scam") praticado contra vítima residente em Águas Claras / DF. Brasília, 21 de Setembro de 2017. Acesso em: 25 março 2020.

³⁹ DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma Cível Processo n. 20150710036893APC (0003643-51.2015.8.07.0007) APELAÇÃO CÍVEL. Brasília, 3 de Outubro de 2018. Acesso em: 25 março 2020.

estelionato sentimental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)⁴⁰.

5.1 ANÁLISE DE DECISÃO ENTENDIMENTO A PARTIR DO CÓDIGO PENAL

Sobre o aspecto do código penal brasileiro, destacou-se o entendimento de que estelionato sentimental em conformidade com o Art. 171 do código penal que define: obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. Com pena de reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Reproduz-se ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território em processo penal pela prisão preventiva dos supostos integrantes da Máfia Nigeriana, em investigação voltada à apuração de crime de estelionato sentimental praticado contra vítima residente em Águas Claras / DF:

Direito Constitucional e Processual Penal. Recurso em Sentido Estrito e Medida Cautelar. Representação da DEAM pela prisão preventiva dos supostos integrantes da "Máfia Nigeriana". Investigação voltada à apuração de crime de "estelionato sentimental" ("*romance scam*") praticado contra vítima residente em Águas Claras / DF. Índícios de transnacionalidade dos delitos praticados pelo grupo criminoso, com base de atuação no Estado de São Paulo, com notícia de lavagem de dinheiro e de evasão de divisas. Conexão de crimes: Justiça Federal e Justiça Estadual (Súmula n. 122 do STJ). Declaração de incompetência absoluta pelo Juízo *a quo*. Determinação de remessa dos autos à Justiça Federal - Seção Judiciária de São Paulo. Legalidade. Medida cautelar manejada pelo MPDFT para agregar efeito suspensivo ao RSE. Prejudicialidade. Recurso conhecido e desprovido; medida cautelar julgada prejudicada, por falta de interesse processual.

Com efeito, extrai-se dos históricos contidos nos pareceres da Procuradoria de Justiça:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito e de Medida Cautelar interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal contra r. Decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal e

⁴⁰ SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000425-61.2017.8.26.0439 APELAÇÃO "AÇÃO RESSARCITÓRIA / INDENIZATÓRIA C.C DANOS MORAIS e TUTELA DE URGÊNCIA" São Paulo, 28 de fevereiro de 2019. Acesso em: 25 março 2020.

Tribunal do Júri de Águas Claras / DF (fls. 73/75-verso e 90/92 – verso), que declarou a incompetência absoluta do juízo e deixou de decretar a prisão preventiva de OBED OGBEBOR, COLLINS LUCKY EFOSA ALELADIA e EMMANUEL OLOELGUALE, investigados por integrarem organização criminosa conhecida como 'Máfia Nigeriana' que vem atuando na prática denominada 'golpe do namoro virtual', além da prática de crimes de estelionato e lavagem de dinheiro.

Em suas razões, o Ministério Público informa que contra esta decisão interpôs recurso em sentido estrito com as respectivas razões, objetivando a reforma da decisão. Alega que, no caso, estão presentes todos os requisitos para concessão da liminar para suspender a r. decisão judicial, pois a medida seria a única forma de acautelar a paz social, a segurança pública e todos os direitos fundamentais, bem como assegurar a garantia da ordem pública, isso porque o recurso em sentido estrito não tem efeito suspensivo. Justificou o manejo excepcional da medida cautelar indicado a jurisprudência sobre o tema dos Tribunais Superiores.

A decisão da procuradoria de Justiça oficiou pelo desprovimento do recurso e pela improcedência da medida cautelar. A decisão que declinou da competência fundamentou-se em investigação policial que apurou diversos crimes, dentre os quais estelionato, organização criminosa e apurou indícios de evasão de divisas, sendo que este tem por objeto o sistema financeiro nacional, estando afeto à competência da Justiça Federal. Apresentando como fundamentação:

'(...) há nítida conexão probatória entre o crime de estelionato e os outros crimes imputados aos investigados, sendo que os outros crimes apresentam tanto de forma isolada como de forma cumuladas penas mais graves, razão pela qual há de se aplicar quanto à fixação da competência, em razão da conexão, o disposto na alínea 'b' do inciso II do art. 78 do CPP. Além do mais, não se pode olvidar da afirmação da autoridade policial, quanto ao grau de complexidade da organização criminosa, cujas práticas estão sendo apuradas, sejam nestes autos, sejam nos autos que tramitaram perante a 6ª Vara Criminal de Brasília / DF, cuja decisão foi no sentido de declinar da competência para o juízo da Comarca de São Paulo / SP (...)' Em relação à competência para processar e julgar o crime de estelionato, com bem fundamentado pelo Magistrado a quo, ao exercer o Juízo de Retratação, falece competência ao juízo de Águas Claras / DF para tomar para si o processamento dos delitos sistematicamente praticados pela

referida organização criminosa sediada em São Paulo, em razão de um caso ocorrido nesta Circunscrição, em detrimento das regras de competência estabelecidas pelo artigo 69 do Código de Processo Penal, que em seu inciso I estabelece que é determinada pelo lugar da infração, ou seja, no caso do estelionato, onde a agente auferiu o proveito econômico, ou seja, em São Paulo / SP. Pelo inciso II, pelo domicílio ou residência do réu, ou seja, em São Paulo / SP. A teor do inciso V, relativo à conexão ou continência, mais uma vez favorece a Comarca Paulista. Ressalte-se que quanto ao Inciso II do artigo 69 (competência pelo domicílio ou residência do réu), pelo disposto no artigo 72, do mesmo diploma, não sendo conhecido o lugar da infração, a competência será estabelecida pelo domicílio do réu. Pois bem, a despeito dos diversos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, a respeito do lugar da consumação do delito de estelionato operado por meio de transações bancárias (uns no sentido de que seria o local da agência bancária da vítima, outros no sentido de que seria o local do banco onde o criminoso auferiu a vantagem), mesmo que se adote a primeira opção, ainda assim, ela não prevaleceria frente às demais circunstâncias do fato, tais como a conexão probatória e o número de infrações praticadas pelo grupo (artigos 76 e 78, II, 'b', do CPP). Desta forma, verifica-se que, na r. decisão, houve apenas a prevalência de uma regra processual plenamente válida, razão pela qual entende a Procuradoria de Justiça que a decisão declinatória da competência não contém nenhuma ilegalidade, não merecendo ser reformada como pretende o Ministério Público. Por fim, em relação ao pedido de prisão preventiva feita nos autos nº 2017.16.1.004804-2, consta informação que foi deferida em Plantão Judiciário, nada a prover, portanto." (original com destaque)

Desta forma, tem-se que trata-se de infrações penais de estelionato que ocorreram em diversas cidades e contra diversas vítimas, como a que ocorreu com a vítima Rosângela Rodrigues residente em Águas claras / DF, bem como apurados os crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, existindo conexão probatória entre os diversos crimes praticados pelos investigados.

Consta dos autos que:

Foi instaurado Inquérito Policial (Boletim de Ocorrência n. 3133/2013 - DEAM), para apurar as circunstâncias em que a vítima Rosângela Rodrigues dos Santos teria mantido um breve relacionamento afetivo, via virtual, com o indivíduo Bito Dioni, natural de Dublin / Irlanda. Posteriormente, após alguns contatos, esta pessoa, a pretexto de enviar um presente para a vítima, solicitou o depósito da quantia de R\$ 2.680,00 (dois mil,

seiscentos e oitenta reais) para a liberação da mercadoria, tendo a vítima efetuado o depósito em uma agência bancária da cidade de Águas Claras / DF. Na realidade, segundo a representação da DEAM pela prisão preventiva, o que se identifica são indícios de que o dinheiro arrecadado pelo grupo criminoso, estabelecido no Estado de São Paulo e conhecido como a Máfia Nigeriana, por meio dos estelionatos sentimentais ou *romance scam*, estaria sendo remetido - não só, mas também - para a Nigéria, de modo a caracterizar a internacionalização dos fatos criminosos em tese praticados. Ademais, na residência de EMMANUEL a equipe de investigação desta especializada deparou-se com comprovantes de três transferências bancárias do First Bank Nigéria, que, juntas, orbitavam em torno da cifra de R\$ 600.000,00.

A decisão proferida encontra-se em consonância com Nelson Hungria⁴¹ alegava que estaria plasmada a fraude penal a partir do momento em que o agente provocasse engano sobre elemento substancial do contrato, ou sobre o objeto em si. Observou-se então, que a caracterização de estelionato sentimental como crime contra patrimônio, através da obtenção das vantagens financeiras, se utilizando do sentimento de afeto do próximo.

5.2 ANÁLISE DE DECISÃO ENTENDIMENTO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL

Em todas as decisões proferidas, sobre os aspectos do código civil brasileiro o entendimento de estelionato sentimental, tem-se como imprescindível a comprovação dos danos materiais causados. O ato civil ilícito é resultado do prejuízo material que o estelionatário causa a vítima. Neste caso, o direito da vítima está previsto no artigo 884 do Código Civil: aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Portanto, a lesão ao patrimônio é capaz de gerar a responsabilidade civil, através do instituto do dano material⁴².

Foram analisadas duas situações com reconhecimento da responsabilidade civil e o dever de reparação de danos materiais após comprovação, entretanto, no primeiro caso não houve o reconhecimento do ato ilícito de estelionato

⁴¹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 45.

⁴² CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. *Vade mecum* Saraiva. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 183.

sentimental e no segundo foi observado.

Na apelação interposta de responsabilidade civil devido a ato ilícito de estelionato sentimental do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), tem-se o resumo:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. APELAÇÃO. RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONFISSÃO DE DÍVIDA. INCOMPETENCIA DO JUÍZO. NULIDADE DA SENTENÇA. CERECEAMENTO DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE REQUITIO FORMAL DA APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NULIDADE DO CONTRATO. COAÇÃO MORAL. EXCESSO DE COBRANÇA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MOETÁRIA. MORA EX RE. ESTELIONATO SENTIMENTAL. NÃO CARACTERIZADO. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO NÃO PROVIDO.

Trata-se de recurso de apelação interposta pela parte Ré, THIAGO FRANCELINO CARVALHO, e de recurso adesivo interposto pela parte Autora, JANE ANDRÉIA SOUZA. Tem-se o relatório do Juízo *a quo* por representar com fidedignidade os fatos ocorridos em Primeira Instância:

1. JANE ANDREIA SOUZA propõe ação de cobrança em desfavor de THIAGO FRANCELINO CARVALHO, por meio da qual pretende a condenação do réu ao pagamento de valor oriundo de contrato de empréstimo entabulado entre os litigantes, representado pelo instrumento de confissão de dívida colacionado nos autos, no importe de R\$65.599,31 (cf. emenda às fls. 16/17).
2. Em nova petição de emenda à inicial (fls. 23/28), a autora formulou também o pedido de compensação a título de danos morais, alegando que teria sido vítima de "estelionato sentimental" perpetrado pelo requerido.
3. Em contestação (fls. 115/144), foram alegados os seguintes pontos:
 - a. Inépcia da inicial, por alegada inadequação da via eleita e também porque não teria a autora explicado em que teria consistido o alegado "estelionato sentimental", prejudicando o contraditório e a ampla defesa;
 - b. Incompetência do Juízo para a análise do pedido de compensação de danos morais;
 - c. Que o requerido jamais contraiu contrato de empréstimo com a autora; que, em verdade, as partes teriam estabelecido uma sociedade empresarial para o comércio de bebidas, que não prosperou;
 - d. Que o requerido teria sido coagido a assinar o termo de

confissão de dívida que instruiu a exordial, ante as ameaças perpetradas pela autora tanto em relação ao réu quanto a seus familiares;

e. Que não há falar em devolução de valores, uma vez que, ao entabular a aludida sociedade, a autora assumiu o risco do negócio;

f. Que a autora não comprovou a entrega ao réu do montante que alega ter-lhe emprestado;

g. Que há excesso de cobrança, porquanto não teriam sido considerados diversos outros depósitos feitos pelo réu em favor da autora;

h. Que não se configura, na espécie, o alegado "estelionato sentimental", e que o fim do relacionamento amoroso entre os litigantes se encerrou por culpa da autora

4. Réplica às fls. 156/170.

5. Decisão de fl. 172 declinou da competência, tendo sido de objeto de recurso de embargos de declaração (fls. 174/177), acolhidos conforme decisão de fls. 189/191, firmando-se a competência deste Juízo; além disso, esta última decisão rejeitou também a preliminar de inépcia da inicial, determinando ademais o julgamento antecipado da lide, não tendo havido nova manifestação dos litigantes.

Sobreveio sentença que julgou: conhecer dos recursos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo principal da parte ré e negar provimento ao apelo adesivo da parte autora, unânime. Foram apresentados as seguintes argumentações com relação a parametrização da necessidade de comprovação da culpa, no caso de responsabilidade civil, neste caso:

Quanto à alegação de nulidade pela não oportunização de produção de provas, esta não deve prosperar. O Juízo de origem verificou a desnecessidade de produção de outras provas além das existentes nos autos para a solução da controvérsia, o que se justifica diante dos requerimentos de produção de prova constantes na contestação, momento processual adequado para tal mister, nos termos do Art. 336 do CPC, quais sejam:

d) seja determinado a Requerente apresente comprovante de depósito/transferência bancária ou recibo que ateste que esta emprestou R\$ 72.910,00 (setenta e dois mil, novecentos e dez reais) para o Requerido, bem como a declaração de imposto de renda da época com a declaração do empréstimo feito e dos valores recebidos;

e) seja determinado a requerente que apresente o seu extrato bancário dos meses de julho e agosto de 2014 [...]

g) depoimento pessoal da Autora.

O Apelante Réu requereu a produção de provas impondo ônus à Apelada Autora, o que revelaria a inversão do ônus da prova,

incabível no procedimento em questão, por não se inserir no contexto previsto nos §§1º e 2º do Art. 373, que tratam do tema:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Observou-se assim uma flexibilização da obrigatoriedade de comprovação da culpa, na qual a decisão manteve ao réu o ônus probatório da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, não se justificando a sua inversão pela distribuição dinâmica do ônus da prova.

Em se tratando do princípio de boa-fé, o processo apresenta a seguinte análise:

Apelante Réu alega que constituiu uma sociedade de fato com a Apelada Autora para a abertura de uma distribuidora de bebida, cujo negócio não prosperou. Alega que não teria havido um empréstimo, conforme faz crer da leitura do termo de confissão de dívida, mas um aporte de recursos para a consecução do negócio, pleiteando assim a Apelada Autora a devolução do que teria investido. Afirma que sofreu coação moral, em razão de ameaças sofridas por si e por seus familiares, para assinar o termo de confissão de dívida. A conduta da parte Ré, consistente em alegar a nulidade do contrato por vício de vontade, após o pagamento de algumas parcelas, configura adoção de comportamento contraditório vedado pelo ordenamento jurídico, com amparo na proteção da confiança, conforme se extrai dos Arts. 187 e 422 do CC. O Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Por essa perspectiva de análise, a decisão apresentada foi:

Não se revela cabível a decretação de nulidade do contrato em questão, quando cotejada a conduta do devedor, que, a despeito da mora, anuiu com a manutenção do pacto quando do pagamento de algumas parcelas, conforme declarado na própria contestação e no presente recurso de apelação. Vale ressaltar que o contrato de confissão de dívida fora devidamente assinado, com firma reconhecida em cartório.

Para caracterização do ato ilícito de estelionato sentimental, foi apresentada os seguintes argumentos:

No recurso adesivo a Recorrente Autora entende que foi vítima de estelionato emocional vez que o Recorrido Réu utilizou-se de sua fragilidade emocional para obter uma vantagem patrimonial. Para tanto, afirma que começou o relacionamento a distancia, vez que morava na França, custeando viagens para que o Réu, ora Recorrido, fosse encontrá-la. Regressou para esta capital, alugando apartamento em Águas Claras para coabitarem. Afirma que em 2013 fizeram uma viagem de lua de mel e que em seguida foi abandonada, tendo o Réu se casado com outra pessoa.

Para a análise foi argumentado pelo desembargador relator:

Importante salientar que o ordenamento jurídico alberga possibilidades de reparação de danos quando demonstrado o abuso do direito, mediante o desrespeito dos deveres que decorrem da boa-fé objetiva. Contudo, no caso em comento, a Recorrente Autora não se desincumbiu do ônus de provar os fatos que alega. A Recorrente Autora apenas juntou alguns comprovantes de depósitos realizados no ano de 2012 em favor do Recorrido Réu (fls. 29/41), não demonstrando prejuízo financeiro importante, dificuldade financeira ou endividamento. A contrário sensu, a presente demanda indica que quando realizado empréstimo de quantia substancial, as partes avençaram instrumento de confissão de dívida o qual é objeto de cobrança nos presentes autos. Não se pode olvidar que num relacionamento há a legítima expectativa de ajuda mútua, o que não deve ser confundido com a má-fé para deliberadamente obter proveito econômico do parceiro. Desta forma, entendendo não identificados os elementos caracterizadores de estelionato afetivo ou emocional, a ensejar a pretensa reparação.

Neste caso, não foi reconhecido os elementos do princípio da afetividade. E por outro lado, houve um entendimento que o afeto, faz emergir uma situação de

ajuda e cooperação mútuas entre os companheiros, os quais realizam diversos atos tanto afetivos quanto financeiros para tentar estabilizar o seu par e, conseqüentemente, o relacionamento, baseados na solidariedade e na confiança, com o intuito de manterem a unidade afetiva e o progresso de vida em comum.⁴³

Outro processo analisado, trata-se da apelação de ação indenizatória com danos morais e tutela de urgência de bens entregues durante relacionamento amoroso, com alegação de estelionato sentimental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), apelante/apelada é Graziela Jeronimo da Silva e o apelado/apelante Rosemiro da Silva Massoni apresenta o seguinte resumo:

APELAÇÃO “AÇÃO RESSARCITÓRIA / INDENIZATÓRIA C.C DANOS MORAIS e TUTELA DE URGÊNCIA” Bens entregues pelo autor à ré durante o relacionamento amoroso “Estelionato sentimental” Expectativa de casamento não concretizada Pretensão à devolução dos bens, além de condenação por danos morais Sentença de parcial provimento Danos materiais e morais comprovados Sentença reformada RECURSO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

Do histórico apresentado no caso:

Consta da inicial que o autor manteve com a ré relacionamento afetivo, por cerca de dois anos. Nesse período, pagou despesas da ré e, em determinado momento, movido por promessa de casamento, o autor vendeu uma casa para quitar um empréstimo da ré, e transferiu um automóvel para o nome da requerida. Em razão do veículo estar financiado, o autor utilizou R\$12.143,08 para quitar o débito, possibilitando assim a transferência do bem, arcando, ainda, com o pagamento do IPVA. Após esses fatos, a requerida terminou o relacionamento. Busca o autor a restituição dos bens, além de indenização por danos morais.

Da decisão apresentada:

Verifica-se o acerto do Magistrado de piso ao condenar a ré à devolução das quantias dispendidas pelo autor, bem como à devolução do automóvel, ou seu valor em espécie. De fato, a narrativa inicial encontra amparo no conjunto probatório, na

⁴³ GIOVANNETTI, Rafaela Eleutério. *A repercussão da responsabilidade civil no estelionato sentimental*. Monografia de Conclusão de Curso Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, PR, 2018. 66f. p. 218

medida em que restou demonstrado que o autor agiu movido de boa fé, confiante nas palavras da requerida, que manifestou intuito de mudar de cidade para realizar o sonho de casamento do requerente. Contudo, razão assiste ao autor, no tocante aos danos morais. Isso porque os fatos descritos e provados indicam que o requerente padeceu angústia e sofrimento, causados pelo rompimento abrupto do relacionamento repita-se, com clara expectativa de matrimônio logo após transferir recursos e um automóvel em favor da requerida. Ao exposto, dou provimento ao recurso do autor e nego provimento ao recurso da ré.

A decisão baseou-se na parametrização do nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu, ressalta-se que para que se configure um ato passível de reparação, é necessário que haja um elo entre a lesão sofrida pela vítima e a conduta praticada pelo agente. Cavalieri Filho⁴⁴ define nexo causal como elemento de referência entre a conduta e o resultado, na qual pode-se verificar quem foi o causador do dano. No caso em análise, note-se que a obrigação de reparar ato lesivo à vítima, está intimamente ligado ao fato de que a lesão não ocorreria se o ato não tivesse ocorrido.

Observa-se na decisão que o dever de indenizar alcança o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que de acordo com o estudo da responsabilidade civil a busca pela reparação do *status quo* do agente torna-se totalmente viável. O dano, no caso empréstimo da ré e transferência de um automóvel, deve ser ressarcido buscando a compensação do dano sofrido pela vítima, e neste caso, o estado inicial pode ser reparado de forma pecuniária, conforme decisão judicial.

6 CONCLUSÃO

Utilizou-se a pesquisa bibliográfica sobre estelionato sentimental e a caracterização do delito de estelionato, no direito penal e civil para tentarmos comprovar a hipótese de que existem relações sentimentais não protegidas e que indivíduos podem se aproveitar da fé alheia poderá constituir estelionato ou extorsão.

Ao longo da pesquisa, verificou-se duas situações com reconhecimento da

⁴⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35.

responsabilidade civil e o dever de reparação de danos materiais após comprovação, entretanto, no primeiro caso não houve o reconhecimento do ato ilícito de estelionato sentimental e no segundo foi observado.

O trabalho tem como hipótese, a de que há estelionato sentimental, e que se confirma na jurisprudência dos tribunais, com relação a responsabilidade civil de reparação de danos quando comprovado nexos de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

A partir da análise dogmática verifica-se que não existe a tipificação do estelionato sentimental no código penal brasileiro, sendo este analisado pelo aspecto geral do Art. 171, mas observa-se a busca pela construção jurisprudencial.

Tudo o que foi desenvolvido teve o objetivo de analisar a conformação do estelionato sentimental no direito brasileiro, por meio do estudo de casos julgados. E observou-se que a jurisprudência da responsabilidade civil têm passado por processo de evolução intenso no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando controvérsias e muitas incertezas, sobretudo relacionada ao reconhecimento de reparação de danos em relações sentimentais não protegidas, tendo sido reconhecida em diversas situações.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERGIEL, B. J., BERGIEL, E. B., BALSMEIER, P. W. Internet cross border crime: A growing problem. **Journal of Website Promotion**, 3(3), 133-142. 2008.

BITENCOURT, C. R., **Código Penal Comentado** / Cezar Roberto Bitencourt. – 5. Ed. Atual.– São Paulo: Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 3**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUCHANAN, T., WHITTY, M. T. The online dating romance scam: Causes and consequences of victimhood. **Psychology, Crime & Law**, 20(3), 261-283. 2014.

CARNEIRO DA FRADA, M. A. C. P. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

CASTRO, M. L. **Estelionato sentimental: uma nova abordagem de**

responsabilidade civil frente às relações afetivas não protegidas juridicamente. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Cacoal: Universidade Federal de Rondônia, 2016.

CÉSPEDES, L; ROCHA, F. D. **Vade mecum** Saraiva. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**, 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUTRIM NETO, E. P. **Repercussões cíveis pelo rompimento de relações afetivas.** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Monografia. Curso de Direito, 2015.

DELMANTO, C. et al. **Código penal comentado.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, M. H.. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Terceira Turma Criminal Processo n. 20170020133742MCC (0014286-21.2017.8.07.0000). CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL Representação da DEAM pela prisão preventiva dos supostos integrantes da "Máfia Nigeriana". Investigação voltada à apuração de crime de "estelionato sentimental" ("romance scam") praticado contra vítima residente em Águas Claras / DF. Brasília, 21 de Setembro de 2017. Acesso em: 25 março 2020.

DISTRITO FEDERAL (BRASIL). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Primeira Turma Cível Processo n. 20150710036893APC (0003643-51.2015.8.07.0007) APELAÇÃO CÍVEL. Brasília, 3 de Outubro de 2018. Acesso em: 25 março 2020.

FAIR, J. E., TULLY, M., EKDALE, B., ASANTE, R. K. B. Crafting lifestyles in urban Africa: Young Ghanaians in the world of online friendship. **Africa Today**, 55(4), 28-49. 2009.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: direito das famílias.** 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

FILHO, S C. **Programa de responsabilidade civil.** 8º edição. São Paulo: Atlas, 2008.

GIOVANNETTI, R. E. **A repercussão da responsabilidade civil no estelionato sentimental.** Monografia de Conclusão de Curso Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, PR, 2018.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**, v. III. 7ª edição. 2015

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. XII. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JOECKS, W. **Strafgesetzbuch – Studienkommentar**. 8 Auflage. München: C. H. Beck, 2009.

KOPP, C.; LAYTON, R., SILLITOE, J., GONDAL, I. The Role of Love stories in Romance Scams: A Qualitative Analysis of Fraudulent Profiles. **International Journal of Cyber Criminology**. Vol 9 Issue 2 July – December 2015.

PAES, ANDRE B. **Crime de Estelionato - Artigo 171 do Código Penal Brasileiro - Âmbito Jurídico**. Portal Jurídico da Internet. 2019. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crime-de-estelionato-artigo-171-do-codigo-penal-brasileiro/>

PIRIZATTO, JOÃO R. **Dos crimes contra o patrimônio** / João Roberto Pirizatto. – São Paulo: Saraiva.1995.

RATHINARAJ, D., CHENDROYAPERUMAL, C. **Financial fraud, cyber scams and India- A small survey of popular recent cases**. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1605165>. 2010.

REALE JÚNIOR, M. **Dever de lealdade do administrador da empresa e direito penal**. In: Miguel Reale; Miguel Reale Júnior; Eduardo Reale Ferrari. (Org.). *Experiências do direito*. Campinas: Millennium, 2004.

REALE JÚNIOR, M. **Instituições de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

REGE A. What's love got to do with it? Exploring online dating scams and identity fraud. **International Journal of Cyber Criminology**, 2009; 3:494–512.

RIZZARDO, A. **Direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. RIZZARDO, A. **Responsabilidade Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSS, S., SMITH, R. G. **Risk factors for advance fee fraud victimisation**. (No. 420). Canberra: Australian Government: Australian Institute of Criminology. 2011.

SÃO PAULO (BRASIL). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1000425-61.2017.8.26.0439 APELAÇÃO “AÇÃO RESSARCITÓRIA / INDENIZATÓRIA C.C DANOS MORAIS e TUTELA DE URGÊNCIA” São Paulo, 28 de fevereiro de 2019. Acesso em: 25 março 2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil: direitos das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALENTE, R. **Direito civil facilitado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WHITTY, M. T. Anatomy of the online dating romance scam. **Security Journal**, 28(4) 443- 455. 2013.

**Clique para voltar
ao Sumário**



O PROCESSO DE EXECUÇÃO POR DÍVIDA CIVIL E OS MEIOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO.

Helbert Bruno Setúbal e Lucas Cavalcante Da Rocha (Orientador: Professor Dr. Thiago Pádua)

RESUMO: O presente artigo científico busca estudar os meios atípicos de execução, de acordo com o art. 139, IV do Código de Processo Civil (CPC) e o imbróglio jurídico gerado pela aplicação das medidas atípicas, bem como os reflexos gerados pela aplicação de medidas inominadas com o fim de efetivar a coerção no devedor e forçar o pagamento. Para isso, utilizou-se o método exploratório com abordagem qualitativa e tomou por base levantamento bibliográfico. Tendo como base legal central deste estudo o art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, faz abordagem histórica das medidas executivas e conclui para a adequação de tais medidas à constituição.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise histórica e bibliográfica sobre o que são chamados medidas atípicas de execução, inovadores mecanismos que encontram principal fundamento válido no art. 139, IV, do Código de Processo Civil (CPC).

Para tanto, far-se-á referências históricas sobre como tais medidas surgiram e começaram a ser aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a letra da lei é disposta em sentido amplo de forma a possibilitar ocultações de limites que encontram base em outras formas de regulamentação, tais como postulados, princípios, entendimentos doutrinários e até mesmo na Carta Magna.

Tendo em vista que muitas das medidas executivas atípicas podem ferir direitos fundamentais por conta de sua natureza restritiva de direitos pessoais, faz-se necessário a análise do art. 139, IV do CPC para a compreensão dos limites que encontrarão base nas formas de regulamentação supracitados.

As medidas coercitivas atípicas previstas no artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015 atingem valores sociais, jurídicos, doutrinários e morais tendo em vista que suas aplicações poderão afetar até no mesmo em direitos

fundamentais do ser humano, daí a relevância da análise e seus constantes debates por operadores do Direito.

Para isso, tem-se por objetivo traçar um panorama sequencial que analisará a fundamentação constitucional para a aplicação do artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de demonstrar os limites que o referido artigo encontra para que sua aplicação não seja desamparada de equilíbrio e nem ocorra de forma mais onerosa, tendo em vista que a letra do artigo supracitado tem por objetivo a efetividade da obrigação de pagar quantia certa.

Neste artigo são apresentadas indagações sobre as limitações que as medidas atípicas de execução encontram de forma implícita, delimitando o tema à execução e cumprimento de sentença por quantia certa contra devedor solvente onde Carteiras Nacionais de Habilitação e Passaportes são suspensos para garantia do cumprimento de sentença, não abordando, portanto, outros tipos de execução.

Para que a pesquisa encontrasse fundamentos, foram coletados dados bibliográficos, jurisprudenciais e até mesmo documentais que contribuíssem para o enriquecimento do assunto e utilizou-se o método qualitativo por entender ser o mais adequado.

Portanto, este artigo torna-se fonte de reflexão aos juristas que aplicam o artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015 no que diz respeito ao limite do uso desse novo instituto jurídico civil em decorrência do sentido amplo que o texto agrega ao instituto, buscando determinar critérios que fundamentem sua aplicabilidade aos casos concretos.

2 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A breve análise do contexto histórico do direito obrigacional se faz necessária frente a natureza do direito ora estudado, visto que, a execução civil por quantia certa tem nascedouro neste instituto, perfazendo-se a necessidade da análise do contexto histórico que envolve as relações obrigacionais.

Sem mais delongas, o período antes de cristo, especificamente o período do direito arcaico, por volta de 3.000 a. C, foi uma época em que a escrita ainda não tinha sido desenvolvida e por isso as comunidades utilizavam-se unicamente da oralidade, gerando costumes e regras decorrentes do dia a dia. Esses grupos eram

nômades, ou seja, transitavam constantemente, não fixando bases, fato que dificultou o estudo do direito nessas sociedades ágrafas (DA SILVA, 2017).

Como a movimentação era constante não se originavam sociedades organizadas nesse período, eram apenas grupos, cada um com regramentos distintos não existindo relações obrigacionais, sendo regras meramente costumeiras, onde a lei do mais forte imperava sob o mais fraco fisicamente (REIS, 2014).

Passado esse período por volta de 4.000 a.C., se desenvolveu a escrita e o desenvolvimento da agricultura, período em que começaram as aglomerações e o sedentarismo, devido ao aumento das aglomerações ao mesmo passo em que surge a necessidade de regramentos, neste momento as regras continuam sendo consuetudinárias e resolvidas no plano da religiosidade e das divindades (REIS, 2014).

As primeiras regras de direito obrigacionais surgiram no período da antiguidade e não possuíam perspectiva individual, mas sim um sentido de obrigação coletiva de uma sociedade para com outra sociedade.

De acordo com Caio Mario (2017, p. 26)

O surgimento da ideia de obrigação deve ter ocorrido com caráter coletivo, quando todo um grupo empreendia negociações e estabelecia um comércio, se bem que rudimentar, com outro grupo. Esta seria provavelmente a gênese da ideia obrigacional, que atua na formação do vínculo, e na sanção, comprometendo o grupo inteiro, ainda que os participantes da negociação não fossem mais que uma parte ou uma delegação da tribo ou do clã, mas também convocando todos os elementos válidos à guerra, contra o grupo infrator da convenção.

Como apontado acima a repercussão do descumprimento coletivo da obrigação atingia cada um dos membros das organizações da época, onde cada sujeito sofria punição na sua esfera individual por um descumprimento coletivo (MARIO DA SILVA, 2017).

Portanto, percebe-se uma evolução e neste contexto chegou-se ao período clássico, que corresponde do sec. II a.C. ao século III d.C. Nestes tempos ocorreu um avanço na legislação obrigacional, com especial desenvolvimento no direito Romano (ROCHA; MARCELO, 2017).

O direito Romano durante o período clássico demonstrou evolução na ciência jurídica das relações obrigacionais desenvolvendo meios que pudessem satisfazer as relações creditícias não cumpridas, das quais foram criadas três modalidades de adimplemento da dívida.

As modalidades de satisfação do crédito envolviam o pagamento espontâneo com a purgação da mora no caso de atraso, método até hoje utilizado.

Os aspectos peculiares da época envolviam os institutos *manus iniectio*, a *legis actio sacramenti* e a *nexum*. Aprofundando nesses institutos tínhamos: a *manus iniectio*, que consistia na sentença procedente em que o devedor era condenando pelo inadimplemento e como consequência estava sujeito a lei do talião; a *legis actio sacramenti* que consistia na faculdade do devedor escolher a modalidade, modalidade essa em que o pretor (espécie de juiz) concedia um prazo para o devedor pagar e caso não houvesse o pagamento o credor podia utilizar do devedor (modalidade de apropriação) ou pegar a coisa reclamada (LISBOA, 2012).

Já o *nexum* correspondia ao instituto da garantia corporal onde o devedor ficava adstrito, diga-se, vinculado ao credor para o pagamento dos valores devidos, por meio de um acordo de vontades, evitando assim a pena de morte e a venda do devedor como escravo além do Rio Tibre (LISBOA, 2012).

Esses institutos de pagamento em Roma, atingiam de forma contundente a pessoa do obrigado inadimplente, que poderia ser instituído desde a lei do talião até o cárcere privado, detendo o devedor como uma coisa, objeto disponível ao credor, podendo ser inclusive negociado além dos muros de Roma para ser escravizado até mesmo esquartejado.

Com a evolução da sociedade, a lei que veio produzir o descolamento do pagamento das dívidas com medidas corpóreas por medidas que atinjam o patrimônio do devedor, adveio com a *lex Poetelia Papiria*, de 326 a.C., proibindo as condutas escravizadoras (DINIZ, 2013).

Assim, a informação e surgimento de ideais mínimos da personalidade do indivíduo, proporcionou o esvaziamento das condutas apropriadas do indivíduo perante o patrimônio, o que extinguiu as penas corpóreas.

No que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro moderno, permitia-se a prisão civil do depositário infiel, aquele fiel escudeiro do juiz que, ao não garantir o

bom estado da coisa confiada ou a própria existência do bem ao depositário confiado, poderia incidir em prisão civil, visão essa superada conforme a Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal (STF).

A única modalidade de repercussão pessoal do inadimplemento da dívida civil que possibilita a prisão é a falta de pagamento das obrigações alimentícias pelo genitor, por ter em voga o direito existencial do alimentando.

Por fim, chegamos ao momento contemporâneo, em que há um grande embate quanto a efetividade da fase executória e a possibilidade da utilização de meios atípicos de execução para garantir o direito ao crédito e ao mesmo tempo não infringir direitos da personalidade.

4 POSTULADOS DE APLICABILIDADE

Nesta oportunidade faz mister trazer à baila os postulados de aplicabilidade, ensinamentos de suma importância para o aplicador do direito. Os postulados, conforme bem ensinam Humberto Ávila (2005), não se confundem com princípios e nem com as regras.

Os postulados são premissas estruturantes que viabilizam e balizam a aplicação dos princípios e das regras, não se confundido com estes, pois esses se amoldam ao caso concreto e são aplicados imediatamente, já os postulados são os conceitos das quais as regras e princípios vão se pautar para pautar a sua aplicabilidade (ÁVILA, 2005).

Desse modo, os postulados são verdadeiros faróis que guiam e mostram os caminhos a serem permeados para a aplicabilidade das regras e dos princípios, neste liame e em congruência com a aplicabilidade dos meios atípicos de execução serão elencados postulados de ímpar importância.

a. PROIBIÇÃO AO EXCESSO

O postulado da proibição do excesso é um postulado que busca demonstrar a aplicabilidade das normas que venham restringir direitos fundamentais, esses devem pautar-se na proibição do excesso, onde a medida não pode refletir na desfragmentação de um direito fundamental.

Insta salientar que a proibição do excesso protege o núcleo do direito fundamental. Isso aponta que, quando forem aplicadas medidas restritivas capazes de atingir direitos fundamentais, tais medidas deverão respeitar o núcleo do direito fundamental (ÀVILA, 2010).

Assim, a medida a ser executada deve respeitar o núcleo duro do direito fundamental, não podendo restringir ao ponto de tornar-se inexecutável o direito fundamental exposto na constituição federal ou de outros direitos reconhecidos como fundamentais, como os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito das emendas constitucionais.

b. RAZOABILIDADE

A razoabilidade é um postulado bastante utilizado no ordenamento jurídico, tomando diversas conotações. Geralmente liga ao juízo de equivalência da norma a medida adotada, se valendo mais como um juízo de equidade e de justeza.

É necessário elencar que a razoabilidade não trata da relação entre o fim desejado e os meios utilizados, não se permeia essa avaliação quando se aplica tal postulado. O que se busca com a razoabilidade é aplicar a norma de forma que se adeque ao caso concreto, não avaliando se a medida é capaz de chegar ao fim desejado, mas se a aplicação da regra geral se aplica ao caso narrado (ÀVILA, 2005).

Avalia-se desse modo os fatos e circunstâncias que estão envolvidos no caso em tela, para verificar se o princípio ou regra a ser pautada irá ser razoável. Portanto a razoabilidade trabalha com a distinção entre o ideal proposto e a norma posta, avaliando o critério geral e a consecução da norma em ação.

c. PROPORCIONALIDADE

Esse postulado é de suma importância para o instituto ora analisado, pois ele tem uma conotação tanto na aplicação da norma posta, quanto na própria confecção da norma jurídica.

Nesse postulado da proporcionalidade, se faz o juízo de adequação entre os meios utilizados e os fins desejados ou alcançados. O princípio da

proporcionalidade trabalha com a tríade da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Esses substratos do postulado da proporcionalidade sem sombra de dúvidas é um dos postulados a serem analisados na admissibilidade dos meios atípicos de execução, visto que são meios que não estão previstos taxativamente na lei, mas sim na norma, aquela que é extraída da interpretação do dispositivo legal, pelo juiz da causa.

Assim, destrinchando o princípio da proporcionalidade à luz dos ensinamentos de Humberto Ávila (2005), temos que o meio adequado é aquele que é capaz de atingir os fins desejado sendo que o meio utilizado seja eficiente ao menos abstratamente para concretizar e realizar o direito ou dever imposto.

O substrato da necessidade anuncia que o meio a ser escolhido deve ser necessário para a realização do fim almejado, no entanto ressalta que, o meio escolhido seja o menos restritivo do ponto de vista dos direitos fundamentais, não sendo viável a aplicação do meio mais restritivo quando for possível ser aplicado um meio menos gravoso e igualmente eficaz.

Por fim, o substrato da proporcionalidade em sentido estrito, vem analisando se o meio é adequado, se o meio é necessário. Compilando esses elementos para análise profunda, onde verifica-se que o fim alcançado justifica os meios utilizados, bem como se a vantagem obtida supera as desvantagens.

Pois bem quando esse princípio se volta para a aplicação dos meios atípicos, deve-se analisar se o que se relativizou de direito fundamental justifica o fim alcançado e se esse fim almejado realmente foi capaz de trazer o resultado útil para o processo.

5 PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO AFETOS A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS

Não podemos iniciar os estudos sobre os meios atípicos de execução sem adentrar e permear o tema princípios. Os princípios detêm suma importância na aplicabilidade do direito, ademais, conforme é sabido, os princípios são verdadeiras normas detentoras de vinculação e de aplicabilidade imediata.

Os princípios, apesar de serem abstratos e gerais, apenas se beneficiam dessa característica quando o princípio está fora de sua aplicabilidade, pois os princípios quando aplicados no caso concreto se amoldam e trazem toda a sua efetividade à luz do caso concreto.

Dessa forma o aplicador do direito não deve ser o mero aplicador da lei fria e seca, mas sim como um verdadeiro interprete do dispositivo legal. Devendo este analisar todo o sistema jurídico e, em especial, os princípios aplicáveis ao caso debatido.

No âmbito da execução do processo executório não é diferente, apesar de estar na fase onde se concretiza o direito, os princípios não deixam de ser aplicáveis, pelo contrário se fazem necessário para limitar ou adequar a força estatal para a satisfação do direito que se busca efetivar.

a. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade se faz presente na fase de execução de forma contundente. A Constituição Federal vigente é clara ao afirmar em seu art. 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Pois bem, ninguém poderá ser compelido a fazer ou sofrer alguma sanção se não em virtude de lei.

Desse princípio é possível elencar que os meios típicos de execução vêm dar consecução à legalidade, dando previsibilidade e taxatividade aos meios executivos, isso é notório quando a lei institui a penhora e a busca e apreensão de bens.

Nessa toada, os meios atípicos retiram seus fundamentos da lei, não podendo o meio atípico ser aplicado sem a norma fundante que dê azo à sua aplicabilidade, sob pena de infringir o princípio da legalidade.

Um dos dispositivos que proporciona aplicação dos meios atípicos é o art. 139, inciso IV, do CPC, que enuncia uma clausula geral de atuação do magistrado, desse dispositivo se retira a norma que possibilita a aplicação dos meios atípicos.

b. PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

Como será tratado de maneira ampla neste trabalho, o processo de execução quando delineado tratará das regras do processo de execução aplicáveis tanto no cumprimento de sentença quanto no processo executório.

Neste sentido, o processo de execução tem como função realizar o direito consubstanciado em um título, seja ele judicial ou extrajudicial, buscando satisfazer o direito do credor.

A execução deve buscar ao máximo efetivar o crédito esboçado no título, dessa forma as execuções devem utilizar-se dos meios necessários e hábeis a entregar ao jurisdicionado a tutela requerida de modo satisfatório. Assim, a execução será bem-sucedida quando consegue constatar a efetividade do direito *in concreto* (JUNIOR, 2017).

c. PRINCÍPIO DA UTILIDADE

O princípio da utilidade, parafraseando, seria a ponte que liga o direito reconhecido a sua realização, onde a execução deve ser capaz de ser útil ao fim desejado.

A fase executória deve atender ao princípio da utilidade, isso quer dizer que a execução deve garantir ao credor a possibilidade de trazer ou recompor o patrimônio, com intuito de angariar satisfação do crédito.

O processo executório não pode ser utilizado para penalizar ou sancionar o credor, não devendo ser utilizado quando o resultado da fase executória não for idôneo a trazer o crédito reconhecido (NEVES, 2016).

d. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE

O princípio da menor onerosidade corresponde a aplicação dos meios executivos de maneira a não consignar uma onerosidade excessiva ao executado. Como visto supra, a execução tem por finalidade atender aos fins desejados pelo credor.

A execução deve ser útil, efetiva e deve alcançar o resultado almejado. No entanto os procedimentos que adotem meio executivos em sentido estrito deverão atender a este princípio de tal forma que o meio escolhido para satisfação da

execução seja o menos oneroso para o executado.

Neste viés, não é prudente ao executado sofrer constrições exacerbadas pois deve-se adentrar de maneira gradual aplicando as medidas executórias que menos agravará o executado. Isso é aplicável tanto ao autor da execução, quanto ao magistrado e objetivamente ao réu que, a exemplo, poderá apontar bens à penhora, conforme a dicção do art. 805¹ do Código de Processo Civil (NEVES, 2016).

6 O PROCESSO CIVIL E O GARGALO DA FASE EXECUTÓRIA

Para que os meios atípicos de execução sejam entendidos faz-se necessária uma pequena digressão sobre o aspecto da celeridade do processo civil, princípio esse esculpido no art. 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal, que muito tem a ver com a eficiência do processo de execução.

Neste liame, o processo civil brasileiro evoluiu e abandonou o processo bifásico que necessitava de ingressar com o procedimento de execução após a sentença condenatória quando da constituição do título executivo judicial, passando a adotar o método sincrético reunindo em um só processo a fase de conhecimento e a fase de execução (NETTO, 2010).

O processo sincrético adotado pelo sistema processual brasileiro, sem sombra de dúvidas abreviou o percurso antes utilizado pelo procedimento bifásico. O Código de Processo Civil de 2015 foi inovador, buscando efetivar a celeridade processual aliado aos princípios constitucionais, expondo entre os artigos 1º ao 12º os princípios basilares do processo civil como a boa-fé objetiva, contraditório, ampla defesa (BUENO, 2016).

Do mesmo modo o legislador buscou efetivar e trazer a pacificação social do processo civil nas execuções, bem como, no cumprimento de sentença, aspecto esse que importa para dar credibilidade e segurança jurídica às relações privadas.

No sistema processual anteriormente vigente existia de forma mais contundente a insatisfação e ineficácia dos sistemas de execução quando envolve o pagamento de quantia certa.

O problema girava em torno da não satisfação do crédito, buscava-se bens e valores sem sucesso, aplicando um processo moroso e caro sem eficácia satisfativa

para o jurisdicionado que buscava a tutela para o cumprimento da obrigação.

Neste liame, no anteprojeto do Código de Processo Civil os processualistas buscaram retirar esse gargalo do sistema jurídico. O anuário da “justiça em números”, pesquisa aprofundada do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o sistema judiciário brasileiro, aponta os números e o tempo médio dos processos.

Concatenando os dados disponibilizados pelo CNJ, dos anuários dos anos 2015 (referente a 2014) e 2019 (referente a 2018), fora disponibilizado que no ano de 2014 um processo passava 2 (dois) anos e 9 (nove) meses na fase de conhecimento e 1(um) ano e 5 (cinco) meses na fase de execução totalizando 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses, quando se trata de execução de título executivo extrajudicial esse período é de 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses (CNJ).

Já o ano de 2018 os dados revelam que o prazo na fase de conhecimento passou para 3 (três) anos e 3 (três) meses já a fase de execução passou 3 (três) anos e 7 (sete) meses totalizando 6 (seis) anos e 10 (dez) meses, já a execução no procedimento dos títulos executivos extrajudiciais passaram para 8 (oito) anos e 6 (seis) meses.

Percebe-se que no ano de 2018 o tempo gasto na fase executória perpassou o prazo para o conhecimento do direito, isso demonstra a dificuldade da fase executória, lavando-se em conta a efetividade do sistema.

Portanto, percebe-se que o gargalo do poder judiciário no que tange a satisfação do crédito repousa na fase executória, sendo importante salientar que após esse longo período o jurisdicionado pode ter tido a execução frustrada. Nesta senda é possível a percepção de que o nascedouro dos meios atípicos de execução, decorrem da necessidade de satisfação do crédito frente ao gargalo da fase executória.

7 OS MEIOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO

Os meios atípicos de execução como mencionado supra, tem um viés de efetividade. No texto do Código de Processo Civil de 2015 o art. 139, inciso IV, consagra uma cláusula geral que pode ser aplicada nas diversas formas de execução, de dar, de entrega coisa e de pagar quantia certa. (Didier, 2017).

Nesse aspecto (couture, 1974) elenca que “na ordem jurídica, execução sem

conhecimento é arbitrariedade; conhecimento sem possibilidade de executar a decisão significa tornar ilusórios os fins da função jurisdicional” *apud Humberto Theodoro Junior, 2017, p. 296.*

Nessa esteira verifica-se que o poder judiciário não está adstrito só a dizer o direito, mas deve buscar efetivar o direito reconhecido no procedimento jurisdicional ou extrajudicial consubstanciado em um título executivo, sob pena de não ter razão de ser.

É de suma importância demonstrar que não só o artigo 139, inciso IV do CPC viabiliza os chamados meios atípicos de execução, pois há também o art. 539,

§1º e o art. 239 do CPC, no entanto esses últimos artigos segundo a doutrina, só seriam aplicados em casos específicos, diferentemente do art. 139, inciso IV, que tem aplicação *lata*.

O artigo 139, inciso IV, viabiliza ao magistrado aplicar os chamados meios atípicos que serão definidos o conceito, a aplicação e os limites ao longo desse artigo.

O Código de Processo Civil vigente, no que tange a execução em sentido amplo, ou seja, abarcando tanto o procedimento de cumprimento de sentença aferido em processo de cognição e o processo de execução *stricto sensu* derivado de um título executivo extrajudicial, utiliza-se do princípio da tipicidade dos meios executivos.

O princípio da tipicidade dos meios executivos elenca que os meios de execução devem estar nominados e especificados no texto legal, detendo desse modo uma previsibilidade dos meios permitidos no ordenamento jurídico, propiciando a segurança jurídica.

No entanto, com referência ao que acima fora citado, introduziu-se ao ordenamento jurídico a possibilidade de utilizar meios atípicos no cumprimento de sentença e no processo de execução forçada.

Os meios atípicos de execução referem-se aos meios não consagrados explicitamente no Código de Processo Civil para a satisfação do crédito do exequente. Portanto, fundamentado pelo artigo 139, inciso IV do CPC, o juiz poderia utilizar-se dos meios necessários para que se cumpra e se efetive o direito.

Ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se que

os meios atípicos de execução poderiam ser utilizados nos procedimentos de entregar coisa certa e nas obrigações de fazer ou não fazer. A dúvida repousava sobre a obrigação de pagar quantia certa, prevalecendo que não poderia ser aplicado a estes casos os meios atípicos de execução (DIDIER, 2017).

Se faz necessário destacar que os meios atípicos de execução entram como medidas de apoio, pois auxiliam o juízo a satisfazer o direito conhecido, seja no procedimento jurisdicional ou extrajudicial (JUNIOR, 2017).

Assim, as medidas atípicas funcionam como medidas indutivas e coercitivas para forçar o pagamento.

Este artigo trata dos meios que forçam a entrega do bem perquirido e não a satisfação do bem da vida em si pela medida atípica.

Sendo assim, as medidas de apoio se justificam diante de uma resistência por parte do executado a cumprir a ordem judicial, sendo essas medidas coercitivas psicológicas ou de caráter pessoal.

8 MEDIDAS ATÍPICAS E APLICAÇÃO PRÁTICA

Como abstraído dos artigos supracitados, os meios atípicos de execução seriam admissíveis nas obrigações de pagar quantia certa em detrimento da evolução do sistema processual civil, buscando atender a pacificação social do processo.

Nesta senda, sob a análise doutrinária e jurisprudencial pode-se afirmar que as medidas atípicas não podem ser aplicadas a qualquer momento processual e também não poderá ser requerida de imediato no início do percurso executório, pois se dessa maneira fosse, estariam se esvaziando as medidas típicas de execução, não fazendo sentido manter os meios típicos, onde bastaria elencar uma cláusula geral com poderes instrutórios a consignar a satisfação do crédito, opção essa não abarcada pelo legislador positivo (NEVES, 2016).

Há um questionamento em relação ao uso dos meios atípicos de coerção como medida cautelar, já que não pode ser utilizado a qualquer momento processual e para tanto, segundo a literalidade do art. 297 do CPC, temos a possibilidade de utilização dos meios atípicos, porém esses meios só poderiam ter efetividade de uso após a utilização de medidas próprias do cumprimento

provisório de sentença, como afirma o parágrafo único do referido artigo.

Nesta esteira, temos que os meios atípicos podem ser utilizados de maneira subsidiária de forma a complementar as medidas típicas quando estas restarem infrutíferas e somente nesta hipótese, pois a intenção da lei foi retirar as amarras positivadas ao juiz para que ocupe uma posição mais ativa durante o processo para que efetive e complete o direito reconhecido.

Pois bem, ocorre que a utilização dos meios atípicos de execução tem levantado sérios problemas quando diante de direitos fundamentais atingidos por medidas atípicas requeridas e por vezes deferidas pelos magistrados. A exemplo dessas medidas temos: apreensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte, cancelamento de cartões de crédito e entre outras medidas requeridas.

O tratamento jurisdicional das medidas coercitivas acima tem causado interpretações e aplicações distintas no ordenamento jurídico, assunto esse que merece toda atenção para que não haja volta para o estado de insegurança jurídica e nem ao estado de penas corpóreas do direito obrigacional da antiguidade.

A aplicação das medidas atípicas vem sendo pautadas na coercibilidade pessoal. Isso quer dizer que as medidas atípicas visam atingir a pessoa do devedor para que se produza neste um ato de ação, qual seja o pagamento do débito. Essa coercibilidade é no intuito de fazer cumprir a obrigação e não no intuito de substituir a dívida.

Isso abre um aspecto importante quanto as medidas atípicas pois essas medidas não podem ter caráter de sanção de punir o devedor por não cumprir com o seu compromisso legal, isso porque a época das penas corpóreas foi ultrapassada.

Isso sinaliza um ponto nodal, qual seja, a aplicação das medidas atípicas e a sua natureza de punição, de atingir os direitos fundamentais dos jurisdicionados, é notório que quando há utilização das medidas atípicas, busca-se a pessoa do devedor, se esvaziando o conteúdo patrimonial da execução forçada (DIDIER, 2017).

Essas medidas não podem ser aplicadas ao juízo de conveniência do juiz, que deve se atentar para o princípio da mínima onerosidade e para o princípio da patrimonialidade, não podendo menosprezar os valores da dignidade humana e

até mesmo da intenção do credor de receber o crédito, atentando-se para que não ocorra a subutilização do homem em função do crédito.

9 PANORAMA JURISPRUDÊNCIAL

O aspecto jurisprudencial é de suma importância para analisar o comportamento da matéria dentro do ordenamento jurídico. É cediço que o nosso sistema se encontra em um movimento transacional, para não dizer um sistema híbrido entre o *civil law* e *common law*.

Com a entrada em vigor do CPC/2015 essa transformação se tornou bem mais evidente ante os precedentes vinculantes instituídos pelo códex, precisamente no art. 927 do CPC.

Atendendo a essa perspectiva, os Tribunais devem manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente, para que proporcione a devida segurança jurídica aos jurisdicionados.

Nesta esteira, os Tribunais superiores têm papel fundamental para que uma aplicação uníssona seja consolidada em relação às matérias que são levadas ao julgo do respectivo Tribunal Superior, onde o Superior Tribunal de Justiça - STJ deverá fazer a aplicação uníssona às matérias infraconstitucionais e o Supremo Tribunal Federal deve manter preservados e guardados os valores fundamentais expostos na Constituição Federal.

Trazendo à baila o tema da aplicação dos meios atípicos de execução no processo de execução (sentido lato), ao analisar detidamente os acórdãos nos diversos Tribunais brasileiros, verificamos uma aplicação diversa do instituto quanto aplicação de medidas que afrontem direitos fundamentais.

No que tange as medidas atípicas, há entendimento que seria plenamente aplicável, porém o imbróglio jurídico aponta quando se trata das medidas aplicadas em espécie como: apreensão/suspensão da carteira nacional de habilitação - CNH; Apreensão do Passaporte; cancelamento dos cartões de crédito e proibição de participação em concursos públicos.

Sobre a matéria da apreensão do passaporte e da CNH, o Superior Tribunal de Justiça, se manifestou sobre o tema, especificamente no Recurso Especial de N° 1782418/RJ, julgado na 3° (terceira Turma), com a Relatoria da Ministra NANCY

ANDRIGHI, julgado esse que delineou premissas para aplicação das medidas atípicas e cristalizou a aplicação da suspensão da CNH e do Passaporte.

Assim:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. **DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.**

2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo.

3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas **pela busca da efetividade jurisdicional**, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos **não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável**. Precedente específico.

6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor **possua patrimônio expropriável**, tais medidas sejam adotadas de **modo subsidiário**, por meio de decisão que contenha **fundamentação adequada** às especificidades da hipótese concreta, com observância do **contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade**.

[...]

9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes.

(REsp 1782418/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA,

julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019)

Como percebe-se do julgado, verifica-se que o STJ entende ser possível aplicação de medidas atípicas, bem como em espécie que seja suspensa a CNH e o passaporte do devedor.

Na decisão foram delineados requisitos ou substratos para aplicação de tais medidas, quais sejam, aplicação das medidas atípicas de maneira subsidiária. Isso quer dizer que as medidas atípicas devem ser aplicadas somente quando esgotadas as vias ordinárias para o pagamento do débito.

O requisito para quando haja patrimônio expropriável busca evitar que a medida de coercibilidade fuja do caráter pessoal sancionatório e adentre no princípio da patrimonialidade. Nesta senda deve existir um indício de que o devedor possua patrimônio, pois não teria efetividade alguma instituir uma medida de coercibilidade da qual não decorrerá efetividade alguma, pois inexistente patrimônio.

Foi fixado ainda que a decisão deve ser fundamentada e adequada ao caso concreto. É observado que o magistrado deve exaustivamente trazer as razões para aplicação da medida atípica, não sendo suficiente declarar e expor o art. 139, inciso IV do CPC. Em outras palavras, não cabe denegar o pedido apenas afirmando que atinge direitos fundamentais sem especificar a razão.

No entanto o ponto mais sensível dos requisitos expostos é franquear ao executado o contraditório substancial e obedecer a proporcionalidade. O contraditório substancial se diferencia do contraditório formal por ser aquele que dá a parte o direito de se manifestar e no contraditório material não é somente o direito de a parte se manifestar.

O contraditório substancial permite ao requerido o direito de participar efusivamente do ato processual dando o direito de convencimento de persuasão. Isso se aplica neste caso, quando o réu apresenta meio executivo diverso e menos oneroso, buscando aplicar outra medida menos gravosa.

No que diz respeito à aplicação do princípio da proporcionalidade vemos uma tríade a ser analisada durante a aplicação do instituto, necessidade, adequação e proporcionalidade em *stricto sensu*.

Este ponto da razoabilidade merece atenção especial visto que a medida de restrição ou potencial restrição da liberdade de ir e vir, a autonomia, bem como direito ao livre trabalho podem ser afetados.

Passado à análise do julgado da terceira turma, embora seja uma decisão que tem precedentes que delimitam a matéria, tal assunto encontra ainda

posicionamentos distintos no ordenamento jurídico quanto a aplicação da suspensão da CNH e do passaporte, uma dessas posições é a do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesse sentido:

Acidente de trânsito Ação de indenização por dano material, moral e estético Cumprimento de Sentença Apreensão da CNH. **Desproporcionalidade** Medida que atinge a **liberdade pessoal** e não guarda relação com o patrimônio Medida que deve ser revogada

(AI nº 2046393-51.2020.8.26.0000, Rel. Des. CAUDURO PADIN, 13ª Câmara de Direito Privado, j. 12.05.2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. Medidas executivas atípicas. Recurso interposto contra a r. decisão que deferiu a medida coercitivas de suspensão da CNH do executado após tentativas infrutíferas de contrição patrimonial do devedor. Em regra, não se admite a adoção de medidas coercitivas extremas para pagamento de débito, tais como suspensão de CNH, passaporte e cartões de crédito. Precedentes jurisprudenciais. Pretensão meramente punitiva, sem aptidão para ver o crédito satisfeito. Executado que comprovou, ainda, exercer profissão de motorista. Revogação da medida. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido”.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2276932-50.2019.8.26.0000; Relator (a): Carlos Dias Motta; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/03/2020; Data de Registro: 26/03/2020).

Nos julgados acima do TJSP, é possível observar a maneira em que os julgados são feitos na atualidade, onde a não aplicação da suspensão da CNH ou Passaporte têm sido adotadas. Insta salientar que os julgados supracitados mencionam o princípio da proporcionalidade, inclusive no julgado do STJ. Para melhor compreensão, merece ser mencionada a lição de Humberto ávila, quanto aplicação da proporcionalidade:

“O postulado da proporcionalidade exige que o poder legislativo e o poder executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige relação de causalidade entre o meio e o fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”

A lição do Humberto Ávila é bem clara e fala per si que a medida atípica deve levar a consecução do fim desejado e quando for condizente com o princípio da proporcionalidade deverá ser aplicada medida restritiva que não gere mudança no mundo real, ou seja, alteração da condição do devedor em pagador em que muitas das vezes gerará uma circunstância de inadimplemento mais profundo quando se fala em apreensão da CNH pois muitos vivem de serviços prestados como motorista. Não seria diferente no caso da apreensão do passaporte de um atleta que precisa participar de eventos para angariar fundos até para o próprio adimplemento.

Neste ínterim, o magistrado deve analisar a conduta menos onerosa, como cadastro do nome do devedor no rol de inadimplentes que poderia ter uma efetividade tal qual a suspensão da CNH ou passaporte.

Diante deste cenário foi ajuizado uma ação direta de inconstitucionalidade de nº 5.941/DF, que visa declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto, dos artigos 139-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-caput e §1º e 773 da Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil, para limitar o poder coercitivo dos magistrados e para que não imponham medidas que possam tornar vulneráveis os direitos fundamentais, em especial as medidas de apreensão de passaporte, CNH, proibição de candidatar-se a concurso público e a proibição de participar de licitações. Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra-se pendente de julgamento sem data definida para julgamento, mas demonstra ter relevante interesse nacional para que se sedimente os poderes coercitivos no que tange aos meios atípicos de execução.

10 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a pesquisa conclui que os meios atípicos são uma realidade inserida pelo legislador positivo, que buscou dar mais poderes instrumentais ao juiz, para que satisfaça o direito do jurisdicionado.

Percebe-se que após análise detida do processo de execução conforme os dados do Conselho Nacional de Justiça dos anos 2015 e 2019 que a fase executória é um grande entrave.

Esse entrave que muitas das vezes acabam pela insatisfação do crédito a receber pelo autor da execução, tendo em vista, ocultação de patrimônio, dilapidação do patrimônio entre outras situações ocorridas durante a fase de execução.

Neste sentido, o legislador quis dar efetividade a fase de execução, abrindo uma cláusula geral para que fosse interpretada e utilizada de acordo com caso concreto.

Embora exista a abertura do dispositivo legal para que se utilize dos meios atípicos na execução, essa abertura não dá amplos e irrestritos poderes para efetivar a execução ao custo de violações aos direitos basilares da sociedade como a liberdade.

O juiz da causa ao permitir medidas atípicas deve se atentar para não violar nenhum núcleo de um direito fundamental, não podendo a execução ser motivo hábil a ensejar a relativização das liberdades individuais.

Neste ínterim, é de suma importância elencar substratos ou elementos para que sejam seguidos para a utilização de meios atípicos, bem como reforçar que não pode se desestimular o descrédito no poder judiciário, bem como desconstituir o depreciativo jargão da não efetividade da fase executória.

Sendo assim, os meios atípicos antes de tudo deve ser última hipótese a ser utilizada pelo autor da execução, devendo utilizar-se e esgotar-se todos os meios típicos de execução, para que só então possa se utilizar dos meios atípicos.

Seguindo, para que se utilize os meios atípicos deve haver indícios mínimos de existência de patrimônio mínimo executável, pois não pode ser aplicada uma medida atípica que não terá nenhuma efetividade, mais sim um caráter sancionatório ao invés de um caráter satisfatório.

Prosseguindo as medidas atípicas devem atender os postulados da proibição do excesso e da proporcionalidade, visto que, no caso concreto se vislumbrará a forma de aplicação da norma a luz desses postulados.

Quanto as medidas concretas, como apreensão de CNH, Passaporte, proibição de fazer parte de concurso público, foge do princípio da patrimonialidade e não tem relação direta para o recebimento do crédito a ser recebido.

Ademais, como relacionado no início do trabalho onde fora demonstrado o caráter pessoal da dívida, e resolvia-se o débito sob duras penas corpóreas do devedor, os meios atípicos não podem ser levados a um estado de relativismo exacerbados dos direitos fundamentais para com a finalidade única de efetividade.

De outra banda, a medida de inscrição do nome do devedor no rol de mau pagador, bem como o bloqueio de cartões de créditos, é plenamente possível de serem aplicadas, tendo em vista que ambas medidas têm relação com o patrimônio do devedor, tendo relação direta com a finalidade perquirida.

Portanto, entende-se que os meios atípicos podem sim serem utilizados, porém respeitados os elementos acima mencionados, não sendo possível restringir os direitos fundamentais de liberdade de locomoção, bem como a livre iniciativa, visto que há uma desproporcionalidade entre o meio utilizado para os fins desejados, sendo que essas medidas não trazem a recuperação do crédito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**, 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

DA SILVA, Deborah Caldeira. **O direito dos povos sem escrita**. Disponível em: <<https://deborah81.jusbrasil.com.br/artigos/459129188/o-direito-dos-povos-sem-escrita>>. Acessado em: 20/03/2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acessado em: 27/03/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acessado em: 27/03/2020.

DE ASSIS, Areken. **Manual de Execução**. 18ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Marcos Paulo. **Direitos das obrigações: uma abordagem dos aspectos evolutivos desde o início da humanidade**. Biblioteca Digital Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Minas Gerais, 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil/2768/direitos-obrigacoes-abordagem-aspectos-evolutivos-desde-inicio-humanidade>>. Acessado em 18/03/2020

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil Vol. 2, Direito das Obrigações**. 5º ed São Paulo: Editora Nelpa, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**, 6ª ed, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NETTO, Nelson Rodrigues. **Classificação das Tutelas Jurisdicionais Segundo a Técnica Processual Empregada para a Satisfação do Direito**. Disponível em: <http://www.rodriguesnetto.com.br/images/artigos/Classificacao_das_tutelas_jurisdicao_nais_segundo_a_tecnica_processual_empregada_para_a_satisfacao_do_direito.pdf>. Acessado em 20/03/2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Civil**. 8ª ed. Salvador: Juspdvim, 2016.

PEREIRA, Caio Mario Da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral da Obrigação**, Vol II. 27º ed, São Paulo: editora Gen forense, 2017.

REIS, Luís Fernando Scherma. **O direito surgiu antes da escrita law came before of writing**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e44f6169f0ae75b>>. Acessado em 18/03/2020.

ROCHA, Thayná Oliveira; MARCELO, Vitória Santos. **A evolução do direito obrigacional: do conteúdo pessoal ao patrimonial**. Disponível em: <<http://www.redireito.org/wp-content/uploads/2017/06/A-Evolu%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Obrigacional-do-conte%C3%BAdo-pessoal-ao-patrimonial.pdf>>. Acesso em: 18/03/2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol III, 50ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol I, 58ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

**Clique para voltar
ao Sumário**



DIREITO SISTÊMICO: O USO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

Ingrid Castro Brandão e Marta Helena de Almeida Silva (Orientadora: Professora Me. Ana Paula Correia de Souza)

RESUMO: O presente estudo buscou demonstrar a importância de se desenvolver o Direito Sistêmico no âmbito das Varas de Execuções Penais, considerando a Abordagem da Constelação Familiar – criada pelo alemão Bert Hellinger – uma ferramenta transformadora de pessoas. Para atingir este objetivo, foi realizada uma pesquisa de natureza qualitativa, evidenciando, em primeiro lugar, algumas falhas existentes na LEP, não por omissão legislativa, mas sim por graves erros e desvios estruturais que inviabilizam o processo restaurativo do indivíduo que comete ilícitos penais e, posteriormente, vinculando a problemática encontrada à Teoria do Direito Sistêmico, mostrando como já é aplicada a Abordagem junto as Varas de Execuções Penais, bem como a necessidade e os benefícios da sua utilização na execução penal. Evidenciou-se que o Direito Sistêmico se trata de uma abordagem humanizada e inovadora e que a ampliação da filosofia hellingeriana na execução penal faz-se necessária para que o judiciário alcance melhores resultados quanto a não reincidência e à ressocialização.

Palavras-chave: Constelação Familiar. Lei de Execuções Penais.

ABSTRACT: The present study tried to demonstrate the importance of developing Systemic Law within the scope of Criminal Execution Courts, considering the Family Constellation technique - created by the German Bert Hellinger - a tool for transforming people. To achieve this goal, a qualitative research was carried out, showing, firstly, the existing flaws in the LEP, not due to legislative omission, but due to serious errors and structural deviations that make the restorative process of the individual who commits criminal offenses unviable. Subsequently, linking the problem found to the Theory of Systemic Law, and showing its application by judges of Criminal Execution Courts, as well as the need and benefits of its use in criminal execution. It became evident that systemic law is a humanized and innovative approach and that the expansion of the use of Hellingerian philosophy in all spheres of law is necessary for the judiciary to deliver to the jurisdiction the effective resolution of its lawsuits.

Keywords: Family Constellation. Criminal Executions Law.

INTRODUÇÃO

De acordo com dados divulgados em 14 de fevereiro de 2020 pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, há superlotação nas unidades prisionais do Brasil e um déficit de mais de 57% do número de vagas.

Levando-se em consideração que, no atual sistema carcerário brasileiro, é grande o número de detentos que, após sofrerem medidas restritivas de direitos – incluindo o próprio encarceramento –, voltam a praticar novos delitos, conclui-se que a ressocialização não é alcançada de maneira efetiva no país. Desta forma, torna-se indispensável a busca por novas metodologias e tratativas a fim de ressocializar os internos e evitar a reincidência.

Isso posto, a abordagem filosófica, prática e vivencial denominada Constelação Familiar desenvolvida por Bert Hellinger afirma que existem padrões comportamentais que se repetem nas famílias ao longo das gerações, causando conflitos internos que refletem em outras áreas da vida. Hellinger defende que identificar esses padrões no indivíduo pode significar a compreensão do seu próprio modo de pensar e agir, contribuindo para uma profunda e real mudança. Ele costumava afirmar que: “Aquele que não conhece a própria história, tende a repeti-la”.

Deste modo, esse método fenomenológico atua no sentido de encontrar a raiz do conflito – que está além das aparências – para resolvê-lo, ou seja, busca-se trazer a razão oculta do problema para o nível da consciência, criando uma possibilidade real de resolução. E a resolução integral do conflito interno, muitas vezes, faz a reiteração do comportamento negativo deixar de fazer sentido.

Após conhecer a técnica da Constelação Familiar o juiz de direito Sami Storch resolveu estudar a Abordagem de Hellinger, pois viu nela a oportunidade de humanizar e dar maior efetividade às decisões judiciais. Em 2010, Storch adaptou a teoria e passou a aplicá-la nas audiências que realizava na 2ª Vara de Família de Itabuna (BA).

O sucesso por ele alcançado inspirou outros magistrados, e, hoje, tribunais de diversos estados já desenvolvem a técnica para a resolução de suas lides e também oferecem cursos de formação em constelação para juízes e serventuários

da justiça. A adaptação feita por Storch da teoria criada por Hellinger hoje é usada em vários ramos do Poder Judiciário, sendo denominada Direito Sistêmico.

Diante disso, este estudo fará uma reflexão sobre a importância de desenvolver o Direito Sistêmico no âmbito das Varas de Execuções Penais, considerando a técnica da Constelação Familiar uma ferramenta transformadora de pessoas e que, se for ofertada ao condenado na fase da execução penal, poderá ajudá-lo a descobrir a origem dos seus conflitos internos, os quais os levam a manifestar comportamentos negativos e a cometer atos ilícitos.

A presente pesquisa defende que a pena, por si só, não é capaz de colocar fim ao conflito interno existente nem de conscientizar o seu autor do erro cometido. Por isso, acredita-se que esse método inovador e humanizado desenvolvido por Hellinger pode ajudar o Estado brasileiro a encontrar a tão almejada ressocialização das pessoas condenadas, uma vez que promove uma mudança de comportamento e a humanização da pessoa encarcerada, alcançando, enfim, um dos objetivos norteadores da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal – LEP.

Assim, o presente estudo tem como objetivos geral apresentar a Teoria do Direito Sistêmico e demonstrar a possibilidade de sua aplicação no sistema penitenciário como uma forma alternativa de ressocialização do apenado.

A metodologia adotada para atingir os objetivos do estudo foi a qualitativa, uma vez que busca gerar conhecimentos de natureza aplicada para apresentar o Direito Sistêmico como uma forma eficaz para se alcançar a ressocialização e a consequente diminuição da reincidência, em harmonia com o que almeja a LEP. Ademais, o presente estudo se baseia em pesquisas bibliográficas publicadas em meios escritos e eletrônicos, na exposição de projetos que já são desenvolvidos em algumas Varas de Execuções Penais pelo Brasil e em uma entrevista realizada com o escritor Fabiano Oldoni.

Quanto à estrutura, o presente trabalho será construído em capítulos organizados da seguinte maneira:

O Capítulo I fará uma breve exposição sobre o conceito de pena, o nascimento do direito penal e da Lei de Execuções Penais – LEP, seguindo pelos dados que trazem a atual condição do sistema carcerário no Brasil e discorrendo

quanto a ineficácia, em parte, da LEP, especificamente no que versa quanto à ressocialização, apresentando, assim, a problemática da monografia.

O Capítulo II fará uma exposição sucinta da trajetória de Bert Hellinger e apontará em que consiste a Abordagem da Constelação Familiar, descrevendo como ela se desenvolve, quais são as Leis dos Relacionamentos ou As Ordens do Amor, defendidas pelo autor, e, por último, de que trata a Teoria dos Campos Mórficos.

O Capítulo III terá como objeto de estudo a origem da Abordagem Sistêmica no Poder Judiciário, o conceito de Direito Sistêmico, como ele se desenvolveu e virou um novo ramo do Direito e, por último, como vem sendo aplicada tal abordagem nas diferentes áreas do Direito.

Já o Capítulo IV apontará os prováveis benefícios da aplicação da Abordagem Sistêmica dentro do sistema prisional brasileiro, como alguns juízes das Varas de Execução Penal adaptaram a filosofia hellingeriana aos moldes da Lei de Execução Penal e trará a descrição de cinco projetos, realizados em diferentes estados brasileiros, que têm como objetivo utilizar a Abordagem Sistêmica em unidades prisionais.

1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL E DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

A necessidade humana de punir nos precede em muitos séculos. Desde as civilizações mais antigas, percebe-se a busca do ser humano em saciar sua sede de justificação

– e assim nascem os primeiros institutos do direito ligados à punição.

Destaca-se, em primeiro, o Código de Hamurabi. O referido código reúne as primeiras leis escritas, uma compilação de 282 leis. Oriundo da Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C., Hamurabi foi o sexto rei da Babilônia e responsável por tal compilação. O Código em comento destacou-se por ser o código que instituiu a vingança privada, e nele evidenciava-se, por ser amplamente conhecida, a Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, ou seja, a medida com que ferirdes, sereis

ferido, “vida por vida”.¹

Em seguida, destaca-se o Código de Manufoia, legislação adotada para a era da vingança divina. A referida época justificava os castigos cruéis aplicados ao infrator como motivo para aplacar a ira das divindades ofendidas com a prática da conduta delitiva. Os sacerdotes consideravam-se mandatários dos deuses e a administração das sanções penais – extremamente severas, cruéis e desumanas – ficaram a cargo deles.²

Sem muito hesitar, a humanidade passou a organizar-se melhor e, com o passar dos anos, iniciou o que hoje conhecemos como Estado. Após um longo salto histórico, chega-se à vingança pública, voltada ao favorecimento e fortalecimento do Estado, em que o próprio Estado, através de seu soberano, acusava o indivíduo e executava a pena.

Durante esse período – por volta do século XVIII – tais penalidades eram, na maioria das vezes, executadas em praça pública para que toda a população pudesse ver o que de fato acontecia com quem praticava algum tipo de crime. Tal período é marcado por castigos extremamente cruéis e com diversos suplícios corporais em praças públicas, tais como mutilações, esquartejamento, enforcamento e decapitação. A pena de morte era uma sanção largamente aplicada por motivos torpes.

Por fim, após muitas revoluções e protestos, entre os anos 1750 e 1850, nasce o direito humanitário, calcado nos ideais iluministas. O período do Iluminismo trouxe ideias revolucionárias de liberdade política e econômica e continuou movimentos culturais de desenvolvimento intelectual que ocorriam desde o Renascimento, nos quais pensadores questionavam toda e qualquer ideia absolutista. Esse modo de pensar trouxe modificações profundas para inúmeras áreas do saber – e com o Direito não foi diferente. Considera-se tal período como o mais humano para o Direito Penal³.

¹ SANTIAGO, Emerson. Código de Hamurabi. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>> Acesso em: 11 de abril de 2020.

² CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>> Acesso em: 11 de abril de 2020.

³ CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. 2007.

Transcendendo o Iluminismo, dar-se-á início à justiça penal, momento em que a razão foi utilizada para reformular fatídicos e injustos acontecimentos de períodos anteriores. Anteriormente, o soberano dispunha de todo o poder para imputar a pena que bem lhe entendesse. A justiça penal, do contrário, buscava sistematizar e humanizar as penas, limitando a mão forte do Estado e dando ao soberano outras atribuições que não a de punir sem critérios objetivos

Cesare Beccaria, italiano, foi o idealizador da, ainda precária, humanização da pena. Apelidado de “Apóstolo do Direito”, o jovem marquês, burguês permeado das ideias do Iluminismo, revolucionou o Direito Penal; o regime punitivo jamais seria o mesmo após suas obras e duras críticas às prisões, que, segundo ele, não passavam de horrendas mansões do desespero e da fome e, no que tange à pena, cria que de todo era inútil, odiosa e contrária à justiça. Das grandes evoluções propostas por Beccaria, destaca-se o fato de que o magistrado não pode, inclusive hodiernamente, aplicar nenhuma pena que não esteja prevista em lei anterior à conduta delitiva praticada⁴.

O Brasil teve seu primeiro código criminal sancionado em 16 de dezembro de 1830. O Código Criminal do Império do Brasil veio para substituir o livro V das Ordenações Filipinas (1603), codificação penal portuguesa, destacada por sua crueldade. Foi sancionado pelo imperador D. Pedro I, que reduziu os delitos antes apenados com morte e extinguiu as penas infamantes, dando início à pena de privação de liberdade, que substituiria as penas corporais⁵.

Assim, a prisão passou a ter uma função de emenda e reforma moral para o condenado. Na sequência, ainda na vigência do império, a pena de morte foi extinta por completo, em decorrência de erro judicial no qual o fazendeiro Manoel da Mota Coqueiro teria sido condenado à forca por homicídio, descobrindo-se posteriormente tal equívoco⁶.

O referido código vigorou até 1890, quando foi substituído pelo Código

Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>> Acesso em: 11 de abril de 2020.

⁴ Ibidem.

⁵ DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.53.

⁶ BUENO, Amilton Bueno de Carvalho. Garantismo penal aplicado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.49.

Penal dos Estados Unidos do Brasil, sancionado em 06 de dezembro de 1890, o Código Republicano. Este código trouxe penas mais brandas e com caráter de correção. Um ano depois, a Constituição foi promulgada, abolindo algumas penas impostas pelo atual Código Penal. Diante de tantas modificações, a pena ainda conservava seu caráter “instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social”⁷.

A Consolidação das Leis Penais de Piragibe (14 de dezembro de 1932) foi composta por quatro livros e quatrocentos e dez artigos; esta, de modo precário, passou a ser o Estatuto Penal Brasileiro. Em sequência, passou a vigor, no dia 1º de janeiro de 1942, o novo Código Penal (Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940)⁸, repleto de ideias neoclassicistas e positivistas.

Em 1946, a Constituição Federal passou a limitar o poder punitivo do Estado, consagrando-se “formalmente, a individualização e a personalidade da pena. Nesse contexto, a Lei nº 3.274/1957 declarou a necessidade da individualização da pena”⁹. Afirma-se, ainda, que “a finalidade da sanção penal estava centrada na prevenção especial, ou seja, buscava-se a recuperação social do condenado”¹⁰.

Após o retorno da República, cogitou-se a elaboração de um novo Código, entretanto, ocorreram apenas alterações por leis (em 1977, em 1984, em 2009 e em 2019), preservando em si sua essência afirmativa de “que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social”¹¹.

Neste sentido, o indivíduo sofrerá a pena privativa de liberdade, de acordo com a qual será recolhido em instituto penal apropriado, afastando-o do convívio social até que se ressocialize, ao passo que introduz o medo do cárcere na

⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.41.

⁸ DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. 1999.

Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>> Acesso em: 14 de maio de 2020.

⁹ Ibidem 6 - p. 44.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem 3 - p. 79.

população para que, conseqüentemente, não se cometam crimes¹².

As informações acima evidenciam que o Brasil buscou constantes mudanças no que tange à integridade física do apenado. Até hoje, as leis são elaboradas na ânsia de viver a justiça penal humanitária, preocupando-se em ter critérios objetivos e fatos incontestáveis para que ocorra a condenação do indivíduo.

Em 11 de julho de 1984, foi instituída a Lei de Execuções Penais – LEP, sob o número 7.210, alterada por decretos em 2007, em 2011 e em 2019, cujo objetivo é a aplicação fiel da sentença criminal e a reintegração social do condenado e internado.

Para Isac Baliza Rocha Ribeiro, “a Lei de Execução Penal – LEP traz em seu bojo mandamentos que buscam a ressocialização do apenado, observando-se a Declaração dos Direitos Humanos”¹³. Seu primeiro artigo versa que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete, o referido artigo possui duas ordens de finalidade:

A primeira é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. O dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituídos por tais decisões. A segunda é a de proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado, baseando-se por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social.¹⁴

Assim, ainda segundo este autor, o tratamento, a pena ou medida privativa de liberdade devem ter por objetivo, na forma da lei, o incentivo à vivência em

¹² FLICK, Marlon Nogueira. Penas restritivas de direito como condicionante para diminuição carcerária no Brasil. 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/23/2523>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

¹³ RIBEIRO, Isac Baliza Rocha. Ressocialização de presos no Brasil: Uma crítica ao modelo de punição versus ressocialização. 2013. Disponível em: < <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39368.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2020.

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1987. São Paulo: Atlas, 1997, p.33.

conformidade com a legislação e com o fruto de seu próprio trabalho, atribuindo-lhes o senso de responsabilidade e os incentivando a desenvolver respeito por si, pela sociedade e pelas leis.

Quanto aos objetivos da LEP, Paulo Lúcio Nogueira explica:

A execução é a mais importante fase do direito punitivo, pois de nada adianta a condenação sem a qual haja a respectiva execução da pena imposta. Daí o objetivo da execução penal, que é justamente tornar exequível ou efetiva a sentença criminal que impôs ao condenado determinada sanção pelo crime praticado.¹⁵

Em suma, a execução penal deverá fazer cumprir a condenação outrora sentenciada com foco na ressocialização e reintegração deste indivíduo na sociedade. Neste sentido, Romeu Falconi afirma que “toda a sistemática da pena deve ter por escopo a reinserção do cidadão delinquente. Este é um trabalho que deve ter início mesmo antes de o condenado estar em tal situação: a de apenado”¹⁶.

E acrescenta que:

[...] reinserção social é um instituto do Direito Penal, que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do ex-convicto no contexto social, visando a criar um *modus vivendi* entre este e a sociedade. Não é preciso que o reinserido se curve, apenas que aceite limitações mínimas, o mesmo se cobrando da sociedade em que ele reingressa. Daí em diante, espera-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra. Reitere-se: coexistência pacífica.¹⁷

Insta salientar, segundo Mirabete, a adoção de princípios da defesa social, nos quais penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor de delitos à comunidade. E acrescenta que:

Além de tentar proporcionar condições para a harmônica integração social do preso ou do internado, procura-se no diploma legal não só cuidar do sujeito passivo da execução, como também da defesa social, dando guarita, ainda, à declaração universal dos

¹⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.

¹⁶ FALCONI, Romeu. Sistema presídial: reinserção social? São Paulo: Ícone, 1998. p.133.

¹⁷ *Ibidem*, p. 122.

direitos do preso comum que é constituída das Regras Mínimas para Tratamento dos Presos, da Organização das Nações Unidas, editadas em 1958¹⁸.

Assim, nota-se que a reintegração social estabelecida na LEP compreende o objetivo de reajustar a personalidade do sentenciado à legislação e aos padrões adotados para uma convivência saudável em sociedade.

Não há dúvidas quanto à necessidade do respeito aos direitos dos apenados, embora a grande maioria da sociedade defenda que a legislação carcerária brasileira é protecionista, o que de fato é. Tal característica, no entanto, é interpretada como algo negativo. Mesmo assim, a vivência nos presídios comprova que, na maioria das vezes, não há indícios de respeito aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, mesmo sendo este necessário à ressocialização do apenado. Na concepção de Jason Albergaria:

[...] a ressocialização é um dos direitos fundamentais do preso e está vinculada ao *welfare state* (estado social de direito), que [...] se empenha por assegurar o bem-estar material a todos os indivíduos, para ajudá-los fisicamente, economicamente e socialmente. O delinquente, como indivíduo em situação difícil e como cidadão, tem direito à sua reincorporação social. Essa concepção tem o mérito de solicitar e exigir a cooperação de todos os especialistas em ciências do homem para uma missão eminentemente humana e que pode contribuir para o bem-estar da humanidade.¹⁹

Isso posto, é possível perceber que a expressão ressocialização é vista como sinônimo de reformar, reeducar, reintegrar alguém que, em algum dia, soube conviver pacificamente em sociedade, que desviou-se ao cometer qualquer atitude antissocial (crime). Assim, evidencia-se o verdadeiro objetivo da ressocialização: resgatar a socialização do indivíduo.

Ressalta-se que a ressocialização, segundo Albergaria (1966), objetivaria a reeducação ou a escolarização *social* de quem delinque. Em conformidade com seu pensamento:

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1987. São Paulo: Atlas, 1997. p. 33.

¹⁹ ALBERGARIA, Jason. Das penas e da execução penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 139.

[...], a reeducação ou escolarização **social** de delinquente é educação tardia de quem não logrou obtê-la em época própria [...]. A reeducação é instrumento de salvaguarda da sociedade e promoção do condenado [...]. Ora o direito à educação é previsto na Constituição e na Declaração Universal dos direitos do Homem [...]. Por isso, tem de estender-se a todos os homens o direito à educação, como uma das condições da realização desua vocação pessoal de crescer. A UNESCO tem estimulado as nações para a democratização do direito à educação social, que se propõe a erradicar as condições criminosas da sociedade.²⁰ (grifo nosso)

Neste sentido, afirma-se que a ressocialização é um amplo trabalho para que haja, de fato, uma reestruturação psicossocial do infrator, bem como da própria sociedade, que deverá recebê-lo de volta quando findar sua pena.

Seguindo o objetivo descrito acima, a LEP, em seu artigo décimo primeiro, versa quanto aos tipos de assistência que serão prestadas pelo Estado ao preso, internado e ao egresso, *in verbis*:

Art. 11. A assistência será: I - material;
II - à saúde; III - jurídica;
IV - educacional; V - social;
VI - religiosa.²¹

Ao responsabilizar-se por tais assistências, o Estado adota posição de garante, a fim de que efetivamente o apenado mantenha-se isolado do convívio social. Deste modo, o apenado deverá ser tratado e considerado como um ser com potencialidades que deverão ser trabalhadas, a fim de superar as dificuldades e reencontrar o equilíbrio que outrora lhe faltara e o fizera perpetrar por vivências de atos delitivos, sendo ele, posteriormente, capaz de reintegrar à sociedade.

Marlene Corrêa Gaya corrobora tal entendimento ao preceituar que a ressocialização implica a conversão dos condenados à aceitação e adaptação ao sistema social pré-existente. Neste sentido, explica que:

A ressocialização orienta esforços no sentido de dotar tais pessoas

²⁰ Ibidem. p. 140.

²¹ LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acessado em: 01 de junho de 2020.

com conhecimentos capazes de estimularem a transformação da sociedade vigente. [...] a finalidade seria restabelecer ao delinquente o respeito por estas normas básicas, tornando-o capaz de corresponder no futuro às expectativas nelas contidas, evitando assim, o cometimento de novos crimes, a reincidência, mas deparados com o nosso atual sistema podemos sintetizar uma diminuição do efeito e alcance da finalidade pretendida.²²

Em consonância com a autora, Antonio José Miguel FeuRosa afirma:

O apenado é um sujeito que possui direitos, deveres e responsabilidades. Assim, deve contribuir com o trabalho; disciplina; obediência aos regulamentos da instituição na qual cumpre pena, bem como ter instrução através de aulas, livros, cursos, etc.; ensinamentos morais e religiosos, horas de lazer; tratamento digno e humano que possam possibilitar na sua reestruturação não só como pessoa, mas como ser humano²³.

Assim, explicita-se o verdadeiro objetivo dos estabelecimentos prisionais. Estes devem estar aptos à recuperação do detento ali recluso, promovendo sua ressocialização para o retorno ao convívio em sociedade. Entretanto, tal finalidade frequentemente não é alcançada, uma vez que a realidade dos ambientes prisionais encontra-se, em muito, distante do exposto em lei.

Ainda quanto a tal fato, André Ribeiro Giamberardino entende que de fato nunca houveram políticas concretas na direção da ressocialização, assim:

Da hostilidade ao Welfare State e uma política econômica de intervenção só poderia decorrer a rejeição de qualquer ideal inclusivo de pena, que sustentou todo o aparato correcionalista nos países do hemisfério norte. No Sul, paradoxalmente, ainda se mantém o “discurso oficial” da ressocialização, até certo ponto, porém não há quem não saiba que jamais houve políticas concreta nessa direção²⁴.

Neste sentido, Milena Silva aborda a temática segundo Alessandro Baratta:

²² GAYA, Marlene Corrêa. Ressocialização do indivíduo junto à sociedade após o cumprimento da pena. Monografia. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, 1993, p. 18.

²³ ROSA, Antonio José Miguel Feu. Execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 54.

²⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em:

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

A falácia da ressocialização também se comprova com os altos índices de reincidência. A prisão não tem cumprido com a função de ressocializar, mas sim de neutralizar. O que a pena de prisão tem trazido para o condenado é um sofrimento imposto como castigo, se materializando em um argumento para a teoria de que a pena deve neutralizar o delinquente e ou representar o castigo justo para o crime cometido, fazendo renascer a concepção absoluta e compensatória à pena. Não bastasse a prisão não poder produzir resultados úteis para a ressocialização do sentenciado, ela impõe condições negativas a esse objetivo²⁵.

A segregação, segundo Silva:

Leva à perda do convívio social e familiar, elementos importantes para a vida de qualquer ser humano. Entretanto, aprisiona-se com perspectivas falaciosas de ressocialização e readequação social, ao passo que não lhes são oferecidas ferramentas e nem condições para que isso aconteça. De maneira intrínseca exige-se que o sujeito saia de lá melhor do que entrou. A quantidade de prisões só aumenta, quanto que a prática criminosa não reduz. Ou seja, se encarcerar resolvesse os problemas, eles já estariam resolvidos, já que temos mais de 600 mil pessoas encarceradas.²⁶

A crítica ao encarceramento maciço feita por Silva não vem com a ideia de que se deva acabar com os presídios, mas sim com a ideia de se utilizar mecanismos que sejam eficientes na reestruturação e na reinserção de pessoas que cumprem alguma sanção penal, não com o intuito de degradar ainda mais o sujeito autor de delitos²⁷.

O Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em seu Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, referente ao segundo semestre do ano de 2019, aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes, considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens. No entanto, o

²⁵ BARATTA, Alessandro. RESSOCIALIZAÇÃO OU CONTROLE SOCIAL: Uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Disponível em: <<http://danielaferli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Ressocializacao%20ou%20controle%20social.pdf>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

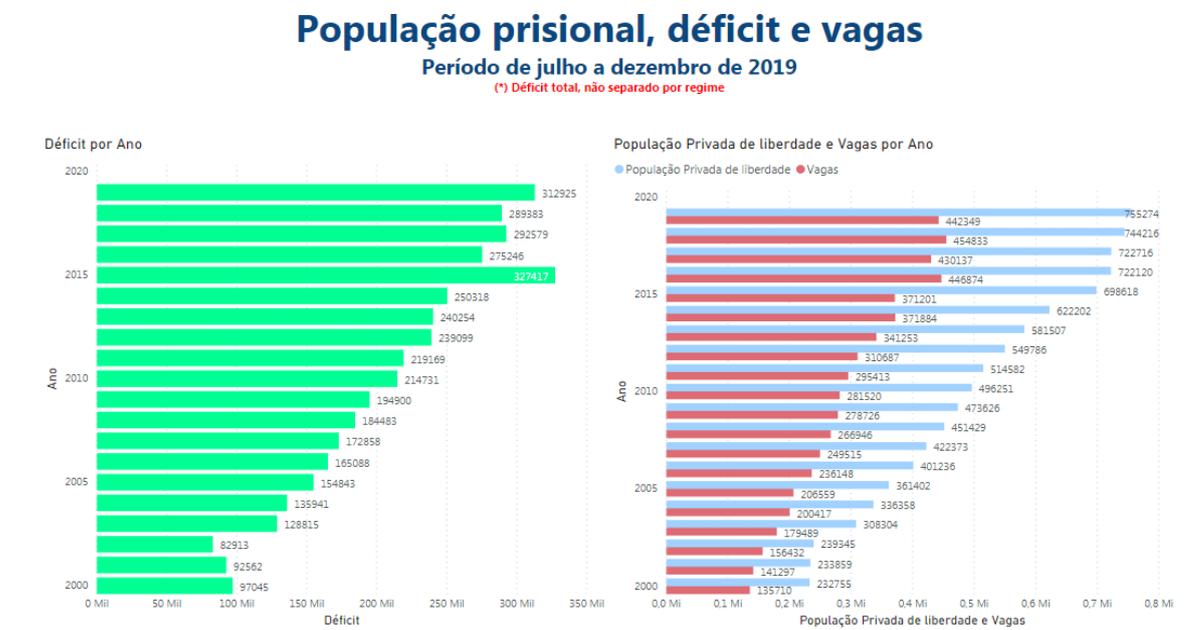
²⁶ SILVA, Milena Patrícia da. DIREITO SISTÊMICO E JUSTIÇA CRIMINAL: a constelação familiar como instrumento na resolução de conflitos na área penal. Curitiba: Juruá, 2019. p.49.

²⁷ Ibidem.

sistema possui 442.349 vagas, ou seja, um déficit de 312.925 vagas.²⁸

A imagem a seguir apresenta um gráfico comparativo da população prisional existente e a quantidade de vagas.

Figura 1 – População prisional, déficit e vagas



Fonte:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 20 de março de 2020 – Atualizado em: 09/04/2020 às 12:00

Ao analisar todos os dados que compõem o INFOPEN, verifica-se que o sistema prisional brasileiro apresenta clara superlotação.

Salienta-se que, embora a LEP vigore há mais de 20 anos, “ainda não se tem meios de colocá-la em prática”²⁹, levando em consideração a ausência de estabelecimentos adequados e a própria preferência dos juízes criminais pela aplicação de penas substitutivas.

Assim, comprova-se quão comprometido é o processo de ressocialização no país, uma vez que a superlotação traz consigo graves problemas, podendo citar, por exemplo, os de higiene e, conseqüentemente, os de saúde, o que resulta em

²⁸ Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>> Acesso em: 20 de março de 2020.

²⁹ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à lei de execução penal. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

condições de convívio sub- humanas, impossibilitando, assim, que o indivíduo encarcerado viva em plenitude todas as práticas aclaradas por Rosa³⁰.

Ainda sobre o cerne da ressocialização, segundo a teoria defendida por Rosa, trazem- se evidências de que, com base nos dados do INFOPEN referentes ao segundo semestre do ano de 2019, os percentuais apresentados nos relatórios são considerados baixos se analisados com relação à extensão territorial que o Brasil possui. Assim, resta comprovada a ineficácia, em parte, da literalidade da lei de execuções penais quanto a ressocialização através condições salubres, do trabalho e estudo, *vide*:

Os gráficos a seguir apresentam os quantitativos da população prisional em programa laboral (Figura 2) e em atividade educacional (Figura 3).

Figura 2 – População prisional em programa laboral



Figura 3 – População prisional em atividade educacional



³⁰ ROSA, Antonio José Miguel Feu. Execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 54.



Fonte:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFiMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 20 de março de 2020 – Atualizado em: 09/04/2020 às 12:00

Os gráficos acima evidenciam que a aplicação da garantia ao emprego e estudo, em conformidade com a LEP, mostra-se muito aquém do necessário para a promoção da ressocialização no ambiente prisional. Ainda em conformidade com Silva,

[...] embora a lei queira tantas coisas, ela não consegue acompanhar a realidade dos estabelecimentos prisionais. As crises institucionais por quais os estabelecimentos prisionais passam é de tamanha ordem que é impossível atender ao exposto da LEP.”³¹

Destaca-se que a LEP prevê uma série de garantias e assistências ao preso que, se devidamente aplicadas, resultariam em benefícios tanto para a sociedade quanto para os presos³².

As condições precárias do sistema prisional brasileiro não proporcionam adequadas circunstâncias ressocializadoras para quem comete delitos. No Brasil, praticamente não há programas que visem a não reincidência dos detentos,

³¹ SILVA, Milena Patrícia da. DIREITO SISTÊMICO E JUSTIÇA CRIMINAL: a constelação familiar como instrumento na resolução de conflitos na área penal. Curitiba: Juruá, 2019. p.49.

³² MONTEIRO, Brenda Camila de Souza. A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador. 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/a-lei-de-execucao-penal-e-o-seu-carater-ressocializador/>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

demonstrando um cenário que necessita ser modificado urgentemente³³.

Segundo o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli:

Não há caminho para a superação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional senão pela compreensão do caráter estrutural da crise que enfrentamos. Só seremos capazes de promover mudanças efetivas quando as soluções forem capazes de atacar as raízes dos nossos problemas³⁴.

Do exposto acima, observa-se a existência de uma legislação adequada, mas a ausência de meios necessários para a sua efetiva aplicabilidade. Assim, a fim de viver a plenitude do princípio da pacificação social, apresentar-se-á o modelo de justiça restaurativa que objetiva a ressocialização.

2 CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A Constelação Familiar é uma abordagem psicoterápica, desenvolvida por Bert Hellinger, que, com uma ampla atuação como terapeuta familiar, percebeu que as relações familiares são decisivas para a saúde emocional dos indivíduos. A partir das dinâmicas desenvolvidas por ele, o indivíduo acessa as emoções que, de forma consciente ou não, foram se acumulando em seu ser e que, por fim, acabam sendo determinantes na formação do próprio indivíduo e na forma como ele se relaciona com os demais membros dos grupos dos quais faz parte.³⁵

Neste sentido, Adhara Campos Vieira, idealizadora e voluntária do Projeto “Constelar e Conciliar”, em vigor no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF/DF, desde março de 2016, defende que o emprego da abordagem sistêmica “permite identificar os conflitos humanos que se escondem por trás das demandas judiciais”, ressaltando que:

A constelação esclarece as percepções equivocadas das relações familiares que repercutem no convívio social e comunitário e

³³ Ibidem.

³⁴ TOFFOLI, Dias. Seminário Internacional Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo: questões estruturais e mudanças necessárias. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/toffoli-defende-conhecimento-cientifico-para-debater-crise-prisional/>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

³⁵ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 40.

constrói percepções positivas, pois favorece a expressão das emoções genuínas. O método trabalha os padrões destrutivos do comportamento e da interação do sujeito com seu grupo familiar ou com seu grupo de convívio. O resultado prático da intervenção com a constelação é a melhora no relacionamento da parte consigo e com seus familiares, ao desenvolver soluções integradoras.³⁶

Embora Hellinger tenha focado no estudo e tratamento dos relacionamentos familiares, sua técnica vem sendo adaptada para outras áreas com o objetivo de aprimorar as relações interpessoais dentro de grupos. Assim, surgiram adaptações da teoria sistêmica voltadas para a solução de conflitos em diversos ambientes, inclusive no âmbito do Direito, conforme restará demonstrado no decorrer deste estudo.

Neste capítulo será apresentada, de forma resumida, a trajetória de Bert Hellinger, o que defende a Teoria da Constelação Familiar, como ela se desenvolve, quais são seus princípios e, por último, em síntese, a Teoria dos Campos Mórficos que influenciou os trabalhos de Hellinger.

2.1 A TRAJETÓRIA DE BERT HELLINGER

Anton Suitbert Hellinger, mais conhecido como Bert Hellinger, nasceu na Alemanha em 18 de dezembro de 1925. Ex-sacerdote, formou-se em filosofia, teologia e pedagogia. Trabalhou dezesseis anos como membro de uma ordem de missionários católicos na África do Sul. Neste período observava os Zulus e o modo como resolviam seus conflitos.³⁷

No final dos anos 1960, Hellinger retornou à Alemanha, abandonou a vida religiosa, tornou-se psicanalista e, por meio das Dinâmicas de Grupos, da Terapia Primal, da Análise Transacional e de diversos outros métodos hipnoterapêuticos, desenvolveu sua própria Terapia Sistêmica e Familiar.³⁸

A escritora e consteladora Olinda Guedes afirma que Bert Hellinger

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TJDFT começa a usar constelações familiares na resolução de conflitos. Disponível em: <[https://tj-
df.jusbrasil.com.br/noticias/308535450/tjdft-comeca-a-usar-constelacoes-familiares-na-resolucao-de-conflitos](https://tj-
df.jusbrasil.com.br/noticias/308535450/tjdft-comeca-a-usar-constelacoes-familiares-na-resolucao-de-conflitos)>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

³⁷ HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2003. Contracapa.

³⁸ Ibidem.

organizou, de maneira ímpar, todo conhecimento sistêmico e o tornou disponível para o caminho da cura, do bem-estar e do desenvolvimento humano. A técnica das Constelações Familiares pode ser compreendida por meio dos conhecimentos da Biologia, pesquisados por Maturana, Varela e Rupert Sheldrake, notáveis cientistas contemporâneos.³⁹

O foco inicial da abordagem desenvolvida por Hellinger era resolver conflitos nas relações familiares. Entretanto, a teoria foi adaptada para outras áreas tendo como objetivo aprimorar as relações interpessoais dentro de grupos não ligados por vínculos de sangue. Assim, surgiram constelações sistêmicas voltadas para a solução de conflitos em âmbito profissional. Entre elas podemos citar: o Direito Sistêmico (aplicada no judiciário), a Constelação Organizacional (aplicada nas empresas), a Saúde Sistêmica (aplicada na saúde), a Pedagogia Sistêmica (aplicada na Educação), entre outras.⁴⁰

Conforme afirma a publicitária Sandrine Swarowsky, com quase 70 anos, Hellinger ainda não havia documentado suas ideias e abordagens, nem treinado seus alunos para seguir com sua abordagem. Assim, ele concordou com o psiquiatra alemão Gunthard Weber em gravar e editar uma série de transcrições dos seus workshops. Essas gravações estão documentadas em muitos CDs, DVDs, e-books e inúmeros vídeos disponíveis na Internet. Até 2018, Hellinger já havia escrito um total de 90 livros, traduzidos em 30 idiomas.⁴¹

Durante sua trajetória, Hellinger esteve no Brasil várias vezes para dar palestras e realizar cursos ao lado de sua esposa Maria Sophie Hellinger. Em 2018, ele foi presidente de honra do 1º Congresso Internacional Hellinger de Direito Sistêmico realizado em São Paulo, que contou com a participação de mais de 2 mil pessoas vindas de mais de 10 países.⁴² Durante o evento, Sophie Hellinger

³⁹ GUEDES, Olinda. Além do Aparente: um livro sobre constelações familiares. 1ed. Curitiba, 2015, p. 15.

⁴⁰ HELLINGER@SCHULE. Constelação Familiar Hellinger. Disponível em: <<https://www.hellinger.com/pt/pagina/constelacao-familiar/>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

⁴¹ SWAROWSKY, Sandrine. Bert Hellinger criador da Constelação Familiar morre aos 93 anos. Disponível em: <<https://universotranspessoal.com.br/bert-hellinger-criador-da-constelacao-familiar-morre-aos-93-anos/>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

⁴² PORTAL METRÓPOLES. Brasil recebe 1º Congresso Internacional sobre constelações familiares. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/brasil-recebe-1o-congresso-internacional-sobre-constelacoes-familiares>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

reconheceu a grandeza do trabalho realizado aqui com a utilização da abordagem sistêmica na área judicial. Segundo ela “o Brasil tem ocupado um papel de destaque no cenário internacional, com importantes realizações do campo do direito”.

Bert Hellinger faleceu em 19 de setembro de 2019, aos 93 anos de idade. Contudo, sua esposa continua à frente dos trabalhos que eram desenvolvidos por ele e mantém HellingerSchule, ou Escola Hellinger. A escola foi fundada no ano 2000, em Baviera, na Alemanha, para difundir e ensinar os métodos de constelação e solução de conflitos em âmbito mundial. Sua plataforma digital pode ser visualizada em nove línguas e oferece de forma on-line ou presencial, entre outros produtos, seminários, cursos de formação para constelador e curso de Pós-graduação na área do Direito Sistêmico.

2.2 O QUE É A CONSTELAÇÃO FAMILIAR?

Primeiramente é preciso esclarecer que a teoria desenvolvida por Hellinger não tem relação com qualquer religião, ou qualquer outra prática espiritual. Trata-se de uma abordagem filosófica e vivencial⁴³. O nome original da técnica em alemão é *Familienauf- Stellung*, que, numa tradução literal, significa “posicionamento familiar”. Nos Estados Unidos, o verbo *stellung* foi traduzido para o inglês como *constellate*, no sentido de formar/agrupar. Como o primeiro livro de Hellinger em português foi traduzido a partir de um escrito em inglês, a palavra *constellate* foi traduzida para *constelações*.⁴⁴

Deste modo, a abordagem no Brasil ganhou o nome de Constelação Familiar. O termo constelação, no entanto, não se relaciona à astrologia ou ao esoterismo; significa apenas uma representação em que os elementos de um grupo são posicionados numa determinada configuração de relações, ou seja, todos os integrantes de um determinado grupo são interligados e juntos formam um

⁴³ 43IPÊ ROXO - Instituto de Constelação Familiar. Constelação Familiar de Bert Hellinger - Um novo olhar para problemas antigos. Disponível em:<<https://iperoxo.com/2018 /constelacao-sistemica-e-familiar/>>. Acesso em: 31 de novembro de 2019.

⁴⁴ INTELISANO, Maísa. Bert Hellinger e a abordagem sistêmico-fenomenológica. Disponível em:<<https://www.somostodosum.com.br/clube/artigos/autoconhecimento/bert-hellinger-e-a-abordagem-sistemico-fenomenologica-46995.html>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

sistema.⁴⁵

A abordagem filosófica das Constelações Familiares é um método terapêutico prático vivencial que busca informações e soluções através da observação sistêmico-fenomenológica de cada indivíduo.⁴⁶ Ainda que tenha sido adaptada ao atendimento individual, trata-se essencialmente de uma terapia de grupo, em que se analisam as dinâmicas escondidas que envolvem o indivíduo em seu sistema de referência, seja familiar, de amizade ou de trabalho, a partir das quais são tomadas atitudes visando à cura daquele sistema disfuncional, por meio do seu reequilíbrio. Busca-se, portanto, a partir das constelações, “averiguar se, no sistema familiar ampliado existe alguém que esteja emaranhado nos destinos, escolhas, crenças, de membros anteriores desta família”, para que, assim, possa libertar-se mais.⁴⁷ Esta técnica fundamenta-se em conceitos da Sociologia, Psicologia, Fenomenologia, Psicanálise, Terapia Sistêmica, Familiar e Estrutural.⁴⁸

A autora Milena Patrícia da Silva, ao definir a técnica criada por Hellinger, afirma que:

A Constelação Familiar é uma técnica de representação espacial das relações familiares que permite identificar bloqueios emocionais de gerações anteriores ou membros da família. E de uma forma nova e inusitada, é capaz de identificar pontos de tensão psicológica ou emocional que condicionam comportamentos humanos.⁴⁹

Todo ser humano é gerado a partir do encontro do espermatozoide com o óvulo; como consequência, toda pessoa possui um pai e uma mãe e cada indivíduo pertence a um sistema familiar. Assim, de acordo com a teoria de Hellinger,

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ IPÊ ROXO - Instituto de Constelação Familiar. Constelação Familiar de Bert Hellinger - Um novo olhar para problemas antigos. Disponível em: <<https://iperoxo.com/2018/constelacao-sistemica-e-familiar/>>. Acesso em: 31 de novembro de 2019.

⁴⁷ SCHUBERT, René. Constelações Familiares e seus campos de atuação. Disponível em: <<https://www.movimentosistemico.com/post/constela%C3%A7%C3%B5es-familiares-e-seus-campos-de-atua%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 31 de novembro de 2019.

⁴⁸ HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.p. 45.

⁴⁹ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 88.

carregamos, além da carga genética, uma carga emocional dos nossos pais e de seus ascendentes, pois os traumas ocorridos com nossos antepassados, o que ele denominou de “nós ou emaranhados”, são repassados entre gerações do sistema familiar.⁵⁰

Na mesma linha de pensamento, Manné Joy afirma o seguinte:

Ao vir ao mundo no seio de uma família, não herdamos somente um patrimônio genético, mas sistemas de crença e esquemas de comportamento. Nossa família é o campo de energia no interior do qual evoluímos. Cada um, desde seu nascimento, ocupa aqui um lugar único.⁵¹

Diante dessa abordagem sistêmica, Oldoni e Lippmann apontam que cada indivíduo faz parte de um sistema e não deve ser visto apenas individualmente; desse modo, eles compreendem o termo sistema como um grupo de pessoas conectadas entre si por um destino comum e relações recíprocas, onde cada membro do grupo influencia os demais membros do sistema em que está inserido.⁵²

Bert Hellinger acredita que os membros de uma família são interligados por laços do destino, onde o destino trágico de um familiar afetará os demais, sendo que, o trabalho desses laços é o de manter a integridade do sistema.⁵³ Deste modo, ele defende a existência de um inconsciente familiar, além do inconsciente coletivo, atuando em cada membro da família.⁵⁴

O inconsciente coletivo contém o tempo pré-infantil, isto é, os restos da vida dos antepassados. As imagens das recordações do inconsciente coletivo são imagens não preenchidas, por serem formas não vividas pessoalmente pelo

⁵⁰ IPÊ ROXO. O que é a Constelação Sistêmica de Bert Hellinger? Um lugar para todos. Disponível em: <<https://iperexo.com/2016/10/19/um-lugar-para-todos/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

⁵¹ MANNÉ, Joy. As Constelações Familiares em sua vida diária. 1º ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 2. In: LIPPMANN, Márcia Sarubbi e OLDONI, Fabiano. Direito Penal Sistêmico - A Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal. Publicado em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

⁵² Ibidem.

⁵³ HELLINGER, Bert. No centro sentimos leveza: conferências e histórias. Tradução Newton de Araújo Queiroz. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 98 e 99.

⁵⁴ SILVA, op.cit., p. 88.

indivíduo. Quando, porém, a regressão da energia psíquica ultrapassa o próprio tempo da primeira infância, penetrando nas pegadas ou na herança da vida ancestral, aí despertam os quadros mitológicos; os arquétipos.⁵⁵

Para Hellinger, toda família é um sistema e este possui uma força imensa, existindo vínculos profundos entre todos os seus membros, independentemente de como se comportem com relação a eles. A família dá a vida ao indivíduo. Dela provém todas as suas possibilidades e limitações. Tudo gira e é organizado desde os primórdios para organizar as famílias e, por consequência, a sociedade a que elas pertencem, até mesmos as próprias leis.⁵⁶

2.3 COMO SE DESENVOLVE A DINÂMICA DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A dinâmica da Constelação Familiar pode ser realizada tanto de forma individual como em grupo. Em ambas, as palavras “facilitador ou constelador” se referem ao profissional que conduz a sessão e “constelado” se refere à pessoa que irá expor o conflito. A diferença central é que, na dinâmica de grupo, é utilizado o auxílio de representantes, ou seja, são pessoas desconhecidas que representam os principais membros da família do constelado. Já no atendimento individual, o processo é feito com auxílio de âncoras e figuras, como bonecos e outros acessórios. Aqui a sessão de Constelação é realizada somente na presença do constelado e do constelador. Algumas pessoas preferem a modalidade individual por medo ou insegurança de expor seu tema.⁵⁷

Salienta-se que, tanto no atendimento individual como na Constelação Familiar em grupo, é realizada uma única sessão sobre o mesmo tema. Caso o constelado sinta a necessidade de acompanhamento posterior, este é feito com profissionais de psicologia.

⁵⁵ ALMEIDA, Maria Emília Souza. A força do legado transgeracional numa família. In: SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 98.

⁵⁶ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 7.

⁵⁷ IPÊ ROXO. O que é a Constelação Familiar e como ela funciona? Disponível em: <<https://iperexo.com/2018/07/17/o-que-e-constelacao-familiar-e-como-ela-funciona/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

Abaixo, segue a Figura 4, que apresenta uma imagem dos objetos usados em uma Constelação Individual.

Figura 4 - Trabalho com bonecos (Playmobil®)



Fonte: <https://constelandocombonecos.com/> Acesso em: 03 de abril de 2020.

Na constelação em grupo, conforme descreve Adhara C. Vieira, no início do trabalho, o facilitador faz algumas perguntas para o constelado sobre sua história familiar. O importante é levantar informações sobre acontecimentos incomuns, tais como assassinatos, suicídios, doenças graves, acidentes, divórcios, etc. Em seguida, o constelador pergunta ao constelado qual o assunto ele gostaria de tratar na sessão. Este pode responder, por exemplo, que precisa entender por que age de forma agressiva em determinadas situações.⁵⁸

O passo seguinte é a escolha dos representantes. O constelado escolhe os participantes que irão representar os personagens de sua constelação. Por exemplo: no caso de uma situação familiar, poderão ser representados a esposa, o marido, irmãos, filhos ou pais, vivos ou mortos. Tais escolhas não devem ser racionalizadas, mas, sim, partirem “do coração”, obedecendo unicamente à vontade

⁵⁸ VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D“Plácido, 2017. p. 78-81.

da alma.⁵⁹

Em seguida, as pessoas escolhidas são posicionadas em um espaço reservado apenas aos representantes. Na sequência, inicia-se a Constelação Familiar e cada representante passa a ter contato com o campo morfogenético do sistema que está representando.⁶⁰ Então, passa-se a observar como os representantes se comportam, pois, a partir do momento em que eles entram em contato com o campo mórfico, começam a sentir-se e a portar-se como as pessoas que estão representando.⁶¹

Assim, por exemplo, se um voluntário representa um indivíduo que teve algum tipo de rixa ou desentendimento com algum dos sujeitos do sistema, se essa for uma questão relevante a ser trabalhada, certamente ele terá impulsos de se afastar, de se virar de costas ou mesmo um desconforto em permanecer próximo ao indivíduo que representa seu desafeto.⁶²

Conforme vão se movimentando os representantes, vão sendo reveladas as razões inconscientes que justificam a maneira como age e por que age o indivíduo constelado. Desse modo, o facilitador passa a questionar os representantes acerca das suas sensações e percepções, assim como a propor que eles façam reverências (“impulsos de movimento” ou “percepções corporais”) ou dirijam frases transformadoras e de reconhecimento uns aos outros, despertando a compreensão dos sentimentos alheios.

Diante de todo esse movimento, a solução do problema vai aos poucos aparecendo, em cada movimento, cada gesto de liberação, cada frase dita, até alcançar-se a paz entre os envolvidos. Neste momento é comum que o constelado seja inserido ao campo, com vistas à melhor sentir os reflexos do reequilíbrio no sistema, processo este chamado de “integração de consciência”.⁶³

Assim, a sessão se encerra após as relações conflituosas levantadas terem

⁵⁹ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 11.

⁶⁰ VIEIRA, op.cit., p. 81.

⁶¹ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 11.

⁶² VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D“Plácido, 2017, p. 78-81.

⁶³ IPÊ ROXO. O que é a Constelação Familiar e como ela funciona? Disponível em: <<https://iperexo.com/2018/07/17/o-que-e-constelacao-familiar-e-como-ela-funciona/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

sido resolvidas, com os antes excluídos agora reintegrados ao sistema, sentindo-se pertencentes e confortáveis no lugar que lhes cabe no sistema, ou seja, é neste ambiente reconciliado e reordenado que se encerra o trabalho.⁶⁴

Pode-se concluir, com essa descrição, que, durante uma sessão de Constelação Sistêmica realizada em grupo, o indivíduo constelado assiste a sua vida sendo interpretada por outras pessoas, passando a ter uma visão ampla dos reais motivos do seu problema.

No ano de 2017, Adhara C. Vieira afirmou, em entrevista concedida a TV Senado, gostar mais de trabalhar com a Constelação Familiar em grupo, pois, de acordo com ela, todos que assistem à sessão, de algum modo, são beneficiados com a dinâmica. Ela ainda justificou sua posição dizendo que: “mesmo só assistindo, poder olhar a questão do outro em silêncio, faz você levantar, dentro do seu interior, várias soluções para o seu problema”.⁶⁵

Deste modo, Vieira assevera que o trabalho em grupo é muito efetivo, principalmente do modo que é aplicado dentro do TJDF, como uma política pública democrática. Entretanto, ela também destaca que o atendimento individual não pode ser descartado, pois, às vezes, o problema trazido à justiça é uma questão tão íntima que a pessoa não consegue falar sobre o caso nem para si mesmo. Como exemplo disso, ela cita os casos de abuso sexual ou estupro, pois são casos muito difíceis de serem expostos em público.⁶⁶

Abaixo, a Figura 5 apresenta uma imagem que mostra uma sessão de Constelação Familiar em grupo realizada na Vara de Família da comarca de Castro Alves/BA, que foi conduzida pelo juiz Sami Storch. Na cena, aparece o representante de um jovem envolvido com o tráfico de entorpecentes conversando com o representante de um traficante.

Figura 5 - Sessão de Constelação Familiar em grupo

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ VIEIRA, Adhara Campos. Dinâmica da Constelação Familiar pode ajudar a mediar conflitos judiciais. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wu0LykWHjo8>>. Acesso em: 18 de março de 2020.

⁶⁶ Ibidem.



Fonte: <<https://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

Diante de tal descrição, conclui-se que “as constelações familiares se desenvolvem em três fases e criam duas imagens diferentes do sistema familiar: uma imagem da dinâmica destrutiva e outra da solução”.⁶⁷ A primeira fase é subjetiva e superficial, pois apresenta a concepção que o constelado tem do sistema em que está inserido.

A segunda fase é o esclarecimento das dinâmicas ocultas existentes no campo que causam conflitos e como esses podem ser resolvidos. Observa-se que essa fase se realiza a partir da intervenção do constelador com proposições de tentativas e erros até que o amor volte a fluir no sistema.

Já na terceira e última fase, após a identificação e resolução dos conflitos, ocorre o momento em que o constelado visualiza o resultado do reposicionamento e do equilíbrio sistêmico alcançado no seu sistema familiar, permitindo, assim, a modificação de suas concepções anteriores.⁶⁸

Assim, pode-se dizer que a intervenção terapêutica feita a partir do método

⁶⁷ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p. 158 -160.

⁶⁸ Ibidem.

da Constelação Familiar visa restabelecer as relações transgeracionais, a fim de evitar repetições inconscientes.⁶⁹ Isto é, o intuito da técnica é trazer ao consciente aquilo que está oculto no sistema familiar do indivíduo, descobrir quais memórias transgeracionais resultam em comportamentos negativos, alterar a dinâmica e restabelecer a ordem no sistema daquela família.

Entretanto, não significa que a ferramenta segue um padrão de aplicação. Justamente por se tratar de uma ciência fenomenológica, são histórias e contextos únicos, que precisam de intervenções específicas. A base estrutural da técnica pode ser a mesma, mas cada história é única.⁷⁰ Por isso, de modo particular, cada pessoa que presencia uma sessão de Constelação Familiar em grupo – seja participando na função de constelado ou de representante ou fique só observando – traz para a sua história de vida o que ali foi revelado e desenvolve um aprendizado.

Um fato que intriga os iniciantes dessa técnica psicoterápica é como podem os representantes, sem informações prévias, vivenciar sentimentos, usar palavras e, muitas vezes, até mesmo reproduzir sintomas e manias daqueles a quem representam. Isso tudo ocorre em virtude das memórias existentes no campo morfogenético estudados por Rupert Sheldrake que será apresentada no item II.5 deste trabalho.

Cabe salientar ainda que as soluções apresentadas frequentemente não beneficiam apenas o indivíduo que expôs seu problema, mas todo o sistema que ele integra, pois, o conjunto social parará de padecer daquele conflito cíclico que enfrentava. Entretanto, este movimento de realinhamento e superação depende da vontade do constelado, pois, se ele absorver na consciência aquilo que foi exposto e criar novos hábitos, o sistema dali para frente tende a se reequilibrar; porém, se ele não aceitar o que foi exposto no campo e mantiver os mesmos padrões de comportamento, os problemas se perpetuam no sistema.

Em uma sessão de Constelação, o foco principal deve ser a solução da questão colocada pelo constelado, não cabendo buscar a cura para os

⁶⁹ VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 70.

⁷⁰ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 94.

emaranhamentos dos outros membros daquele sistema. Ainda que os efeitos possam refletir-se nos demais envolvidos naquele campo e demais relacionamentos ali incluídos, não se pode esperar que um conflito seja completamente resolvido caso dependa de questões ocultas de outras pessoas.⁷¹

Hellinger fazia distinção entre julgamento e responsabilidade. Ao ser questionado se condenaria os oficiais nazistas que enviaram judeus para as câmaras de gás, ele defendeu que:

Considerá-los responsáveis por seus atos e, ao mesmo tempo, compreender que estavam envolvidos num mal bem maior é diferente de julgá-los moralmente como

peçoas perversas e sentir-se moralmente superior a eles. Você tem de decidir se vai pensar moralmente, legalmente ou sistemicamente. Todas as ações perversas são cometidas por pessoas que pensam ser, em algum ponto, melhores que outras; e como seus juizes também se consideram melhores, correm o mesmo perigo: perpetuar o mal. A polícia secreta da ex-Alemanha Oriental, por exemplo, fez coisas terríveis. Agora está sendo julgada por suas vítimas, mas quem delata esses policiaos corre grande perigo de tornar-se como eles. A espionagem, a denúncia e a intimidação continuam. Ocorre apenas que outras pessoas estão se encarregando da tarefa. As vítimas de ontem são os algozes de hoje e pensam saber mais – exatamente como a polícia secreta fazia. O mal prossegue, inabalável. Quando assumimos posturas de correção moral e agimos como se soubéssemos o que é melhor para os outros, sempre prejudicamos as ordens sistêmicas mais amplas.⁷²

Outro ponto importante de destacar é o fato de que, de acordo com Hellinger, para que a Constelação tenha um andamento adequado, uma das premissas básicas é o não julgamento por parte do constelador, ou seja, ele deve olhar para a questão trazida sem julgamento pessoal de certo ou errado, bom ou mau.⁷³

⁷¹ GROCHOWIAK, Klaus e CASTELLA, Joachim. Constelações Organizacionais. Consultoria Organizacional Sistêmico-Dinâmica. São Paulo: Cultrix, 2007. p.19.

⁷² HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p 136

⁷³ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 96.

2.4 AS ORDENS DO AMOR OU LEIS SISTÊMICAS

Bert Hellinger percebeu que há um campo de força que influencia todos que participam de um mesmo sistema, mesmo que não haja convivência direta entre seus integrantes. Assim, ele constatou que, para que um sistema esteja em harmonia, existem três ordens básicas que devem ser seguidas, pois quando estas são violadas, ocasionam desequilíbrio e geram emaranhados (nomes atribuídos por Hellinger às situações de conflitos).

Segundo Hellinger, qualquer grupo (por exemplo, uma família, uma empresa, uma escola) é regido por três princípios que ele denominou de Ordens do Amor, também chamadas de Leis da Constelação. São elas: o Pertencimento, a Hierarquia e o Equilíbrio. Quando algo dentro de um grupo fere estas leis, seus integrantes sentem essa quebra como tensionamento, restrição e resistência em suas vidas.⁷⁴

Oldoni, Lippmann e Girardi defendem que as ordens do amor ou leis sistêmicas são a base para se criar o pensamento sistêmico, que regem as relações humanas e auxiliam os construtores do Direito a utilizarem o olhar sistêmico nos conflitos judiciais.⁷⁵

Oldoni e Lippmann afirmam que as leis sistêmicas podem ser utilizadas para questionar a coerência da estruturação da justiça penal moderna e, também, como método de resolução e prevenção de conflito penal, tendo, neste caso, as partes como destinatárias.⁷⁶

Diante de tal afirmação, na apresentação das Leis Sistêmicas a seguir, a exposição de suas definições não trará apenas a visão de Bert Hellinger sobre sua importância e aplicação no campo familiar, mas também será levantado como elas vêm sendo utilizadas por alguns operadores do Direito Sistêmico.

⁷⁴ IPÊ ROXO. As 3 Leis Naturais da Vida trazidas por Hellinger e que são a base das Constelações Familiares. Disponível em: <<https://iperexo.com/2016/12/13/as-3-leis-naturais-da-vida-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

⁷⁵ OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2017. p 38.

⁷⁶ LIPPMANN, Márcia Sarubbi e OLDONI, Fabiano. Direito Penal Sistêmico - A Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal. Publicado em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

Insta salientar que as Ordens serão apresentadas de forma resumida, pois cada uma delas carrega uma vasta profundidade e possuem exceções que não poderão ser explanadas nesse estudo em função de sua complexidade.

2.4.1 LEI DO PERTENCIMENTO OU VÍNCULO

[...] cada membro da família tem o mesmo direito de pertinência. Essa é uma ordem básica: aqueles que pertencem a um sistema têm o direito de pertencer a esse sistema e têm o mesmo direito que todos os outros.⁷⁷

A Lei do Pertencimento trata da lealdade, da vinculação e do reconhecimento que deve ser estabelecido a cada integrante do sistema.⁷⁸ Isso ocorre devido à necessidade inerente do ser humano em ser reconhecido como membro do sistema a qual faz parte, seja na família, no trabalho, na comunidade ou na roda de amigos.

Com relação à lealdade, Hellinger percebeu que cada pessoa está comprometida com o destino do grupo; todo indivíduo está, acima de tudo, muito mais a serviço do seu sistema, do que a serviço do seu próprio querer.⁷⁹

Fazemos tudo para pertencer, inclusive permanecemos infelizes, pobres ou doentes. Não nos curamos, não prosperamos e não nos tornamos felizes para dizer aos nossos antepassados, à nossa família de origem e a família atual: “eu sou um de vocês, eu sou leal”.⁸⁰

Milena P. Silva afirma que existe um sentimento de lealdade entre os integrantes de um mesmo sistema. Este sentimento de maneira inconsciente muitas vezes leva os indivíduos a manterem padrões familiares de sofrimento e traumas, vivenciados na geração atual ou até mesmo em gerações anteriores, para que não haja uma exclusão.⁸¹

⁷⁷ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 77.

⁷⁸ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Manuscritos Editora, 2018. p.19.

⁷⁹ HELLINGER, op.cit., p. 33.

⁸⁰ GUEDES, Olinda. Além do aparente: um livro sobre constelações familiares. 1ª. ed. Curitiba: Editora Appris, 2015. p. 32.

⁸¹ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 92.

E esta repetição de padrão, seja ela positiva ou negativa, não ocorre no âmbito da consciência. Por exemplo: a mãe e o pai não deram certo no casamento; a filha toma as dores da mãe e conseqüentemente não consegue se relacionar bem com o pai. Muitas vezes, ela não age assim porque tem motivos para ter raiva do pai. Mas o faz de modo inconsciente, pois acredita que, mantendo distância do pai, ela honrará a dor da mãe. Entretanto, agindo assim, a filha está excluindo o pai do seu sistema e isso traz conseqüências negativas.

Oldoni e Lippmann afirmam que, em virtude do direito de pertencer, mesmo que um membro do sistema tenha de cometer atos reprováveis, ele não será excluído do sistema, pois faz parte daquele grupo.⁸² Isso ocorre porque a alma do grupo não aceita exclusões. Assim, quando algum membro é excluído do grupo, outro membro da família toma seu lugar de modo inconsciente, vindo a repetir seus padrões”.⁸³

De acordo com Bert Hellinger, a exclusão de um membro do Sistema Familiar cria um emaranhamento, pelo qual um descendente acaba por reviver inconscientemente o destino de seu antecedente. Uma explicação para isso é que a injustiça causada a um dos membros gera uma necessidade sistêmica de compensação, de modo que será representada e sofrida novamente para que a ordem seja restabelecida.⁸⁴

A razão para repetir-se tal padrão se dá pela existência de uma “consciência de clã”, uma espécie de consciência coletiva que influencia todos os membros de um sistema, sejam pais, avós, tias, ex-parceiros etc. Assim, a partir da exclusão de um integrante, seja por não ter seu direito de pertinência reconhecido, seja por lhe ter sido negado uma posição de igualdade, pode nascer a necessidade sistêmica de repetição.⁸⁵ Existe, portanto, “uma força, uma instância que faz com que todo o sistema familiar busque o equilíbrio e a compensação”.⁸⁶

Souza traz como exemplo essa reação sistêmica:

⁸² OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Manuscritos Editora, 2018. p.19.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 8-10.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ HELLINGER, op.cit., p. 47.

Uma pessoa pode vir a cometer algum crime por estar vinculado a algum antepassado que teve suas terras confiscadas, há duas ou três gerações, então um membro dessa família se envolve em crimes e passa a praticar roubos quase como se quisesse reparar o dano sofrido por esse antepassado.⁸⁷

Conclui-se dessa ideia que o sistema não se autorregula. Dessa forma, quando ocorre um emaranhado, este deve ser resolvido para se reequilibrar novamente o sistema. Assim, a Lei do Pertencimento explica como, de modo inconsciente, cometemos os mesmos erros ou cultivamos os mesmos desejos e padrões de comportamentos daqueles com quem temos uma ligação emocional, seja para honrá-los ou para trazer de volta aquele que foi excluído do sistema.

Em qualquer meio no qual estejamos inseridos, percebemos o que é necessário para ali pertencer e o que geraria uma exclusão daquele sistema. Tal percepção se dá pela consciência, de modo que temos tantas consciências quanto grupos a que pertencemos. Hellinger denomina essa consciência de “consciência de vinculação”. Segundo ele:

No serviço da pertinência, a consciência reage a tudo o que estreite ou ameace nossos vínculos. Ela é inocente quando agimos de modo a assegurar a integração, e culpada quando, depois de nos afastarmos das normas do grupo, temos medo de que o nosso direito a pertencer a ele esteja ameaçado ou anulado.⁸⁸

A consciência sistêmica toma por base as crenças do próprio sistema, por isso, pessoas de diferentes grupos possuem diferentes valores e mesmo quando uma pessoa pertence a mais de um sistema, ela apresenta atitudes diferentes em cada um deles. Isso porque quando mudamos de contexto social, a consciência também se altera para nos proteger e garantir nossa pertinência. Por conta das diferenças de valores, o que pode deixar-nos inocentes em um círculo, pode fazer-nos culpados em outro, cabendo a nossa consciência conduzir-nos à atitude que

⁸⁷ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 93

⁸⁸ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p. 18-19

nos garanta o pertencimento.⁸⁹

Exemplificando a repetição por descendentes do destino de um ascendente, Hellinger conta o caso de um homem que descobrira que sua bisavó estava grávida quando conheceu seu segundo marido. O primeiro marido morreu no dia 31 de dezembro, aos 27 anos, supostamente assassinado. De maneira injusta, a bisavó teria deixado o terreno herdado pelo primeiro marido, ao filho do segundo matrimônio. Desde esse momento, três homens da família haviam se suicidado no dia 31 de dezembro, com a idade de 27 anos. Tendo seu primo recém-completado 27 anos e na iminência da data aludida, o homem foi até sua casa para alertá-lo, momento em que descobriu que o mesmo já havia, inclusive, comprado a arma para suicidar-se.⁹⁰

Posteriormente, o próprio homem procurou o psicoterapeuta com instintos suicidas. Hellinger, então, pediu-lhe que imaginasse o homem morto e dissesse: “Eu o reverencio e você tem um lugar no meu coração. Vou falar abertamente sobre a injustiça que lhe fizeram para que tudo fique bem”. E assim o pânico finalmente o abandonou. Vemos, então, que o padrão de suicídio continuaria por gerações, até que um membro olhasse realmente para a injustiça cometida e desse novamente um lugar no sistema àquele morto, reverenciando-o e olhando-o com o devido respeito.⁹¹

Outro exemplo sobre a violação da Lei do Pertencimento é o apontado pela psicóloga Rosângela Alves Montefusco, colaboradora do Tribunal de Justiça de Goiás. Ela afirma que um dos casos que mais lhe chamou a atenção foi o de um casal de irmãos que disputavam judicialmente um inventário de mais de R\$ 10 milhões. Eles não se falavam há 20 anos. O irmão era contra o casamento da irmã, realizado aos 17 anos. Ao constatar que a presença do marido da irmã impedia qualquer conversa, a psicóloga pediu para que ele se afastasse durante a Constelação Familiar e, aos poucos, os irmãos começaram a conversar. Acabaram chegando a um acordo em relação à herança e o processo foi extinto. Mais do que

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 08 - 10.

⁹¹ Ibidem.

isso, os irmãos se reconciliaram, depois de duas décadas de separação.⁹²

Pode-se dizer que o reequilíbrio de um sistema que viola a Lei do Pertencimento se dá pelo respeito e reconhecimento daquele membro antes excluído, pois no momento em que se reequilibra o sistema, o amor volta a fluir e a paz se estabelece para todos. Deste modo, o membro que carregava o fardo da repetição finalmente pode encontrar seu lugar, passando também a se sentir pertencido, livrando-se daquelas amarras que inconscientemente o impediam de alcançar a plena felicidade.⁹³

2.4.2 LEI DA ORDEM OU HIERARQUIA

Dentro de um sistema, a hierarquia é comandada pela precedência no tempo. Isso significa que aqueles que vieram antes têm autoridade sobre quem veio depois. O avô tem precedência sobre o pai, que tem precedência sobre o filho, bem como o irmão mais velho tem precedência sobre o irmão mais novo.⁹⁴

Hellinger defende que quem vem antes é maior do que quem vem depois. É como uma escada, em que um degrau está acima do outro. Assim, quando um filho tenta assumir a culpa por atitudes de seus pais, por exemplo, ou tenta tomar suas obrigações, se coloca como superior aos pais e, ainda que esteja agindo por amor, porta-se de forma errada, pois a violação da hierarquia traz desordem e disfunções ao sistema.⁹⁵ É preciso que cada um respeite e tome o seu lugar.

Sobre essa perspectiva, a autora Rosely Michele Santos descreve que:

[...] ocorre o emaranhamento quando filhos assumem responsabilidade no lugar dos pais, assim como também no inverso, pais que não assumem seu papel. A consequência é uma geração de filhos que não obedecem aos pais, que não aceitam opinião dos seus genitores, o prejuízo é a desarmonia da casa e

⁹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação familiar no firmamento da justiça em 16 estados e no DF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

⁹³ IPÊ ROXO. As 3 Leis Naturais da Vida trazidas por Hellinger e que são a base das Constelações Familiares. Disponível em: <<https://iperexo.com/2016/12/13/as-3-leis-naturais-da-vida-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p 25-26.

sentimentos opostos em um mesmo lar. Em contrapartida, quando são os pais que não assumem seu lugar na família, causam prejuízo ao filho, pois o desenvolvimento dessa criança será impedido, tornando-o dependente, fraco e com o desenvolvimento social comprometido. Desta forma, fica evidente o quanto é importante respeitar os que vieram primeiro.⁹⁶

Observa-se que a Lei da Hierarquia atua em qualquer grupo organizado de pessoas, pois, para se manter o respeito entre seus membros, existem regras que são impostas por quem ocupa uma posição superior no grupo, seja por título ou por idade, e essas regras devem ser respeitadas pelos demais membros para não ocorrer exclusões.⁹⁷

Com relação aos conflitos criminais, na maioria dos casos, estes são levados ao Poder Judiciário para que o Estado assuma a função de processar, e a vítima passa a ser preterida na relação, já que é o juiz quem decide pela punição ou não do autor do desvio.⁹⁸ Por isso, o sentimento de não pertencimento da vítima é uma consequência lógica da não observância da lei de hierarquia.

A vítima precisa sentir-se incluída no processo de decisão da lide (princípio do pertencimento). O seu chamado nessa fase é importante no sentido de que a “sanção” eventualmente dada ao agressor pode ser atenuada ou até mesmo excluída, por vontade do ofendido que, em muitos casos, não vê sentido em punir por punir.⁹⁹

A necessidade de se trazer a vítima não é para empoderá-la com o direito de escolher uma pena, mas proporcionar-lhe a opção de “não punir”, ou seja, de poder dizer que mesmo tendo sido vítima de uma violência, entende os motivos do agressor e não deseja que o mesmo seja penalizado, ou, se for o caso de se atribuir

⁹⁶ SANTOS, Rosely Michele. A Constelação Familiar e a Efetiva Resolução dos Conflitos Familiares na Execução de Alimentos. Disponível em: <<https://mirose.jusbrasil.com.br/artigos/622563210/a-constelacao-familiar-e-a-efetiva-resolucao-dos-conflitos-familiares-na-execucao-de-alimentos?ref=feed>>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

⁹⁷ IPÊ ROXO. As 3 Leis Naturais da Vida trazidas por Hellinger e que são a base das Constelações Familiares. Disponível em: <<https://iperexo.com/2016/12/13/as-3-leis-naturais-da-vida-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

⁹⁸ LIPPMANN, Márcia Sarubbi e OLDONI, Fabiano. Direito Penal Sistemico - A Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal. Publicado em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

⁹⁹ Ibidem.

uma punição, que não seja a tradicional, mas outra que possa colaborar na construção das relações entre eles ou entre o agressor e seus familiares, o que, nesse caso, talvez nem se possa chamar de pena.¹⁰⁰

Segundo Campos, quando se usa a Abordagem Sistêmica no julgamento de um conflito, existe, ao mesmo tempo, o acolhimento da vítima e o respeito ao agressor, pois ambos possuem o mesmo valor, segundo o Princípio do Equilíbrio. Ambos são reconhecidos como pertencentes ao mesmo sistema e tiveram destinos em comum. Não caberá ao Poder Judiciário realizar somente o julgamento. A ideia central é ter contato com o que ocorreu, realizar a reconstrução dos vínculos perdidos e depois seguir em frente.¹⁰¹

2.4.3 LEI DO EQUILÍBRIO

A terceira é a Lei do Equilíbrio. Trata-se do equilíbrio entre o DAR e o RECEBER que ocorre nas relações entre duas pessoas.¹⁰² Como na física, os sistemas buscam o equilíbrio entre as trocas que ocorrem. O mesmo acontece nos relacionamentos entre pessoas. Existe uma busca de reciprocidade e compensação nas relações humanas, onde o dar e receber devem ser praticados em igual quantidade entre os envolvidos.

Hellinger defende que os relacionamentos, bem como a experiência de culpa, começam com o dar e o receber, pois nos sentimos credores quando damos e devedores quando recebemos.¹⁰³ O equilíbrio entre crédito e débito favorece quase todos os relacionamentos, pois tanto aquele que dá quanto aquele que recebe conhecem a paz se o dar e o receber forem na mesma proporção.

Quando aceitamos alguma coisa de alguém, perdemos a inocência e a liberdade. Quando recebemos, ficamos em débito para com o doador. Sentimos essa obrigação com desconforto e pressão e tentamos nos aliviar dando algo em

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no judiciário. 2. ed. Belo Horizonte: D"Plácido, 2018. p. 169.

¹⁰² IPÊ ROXO. As 3 Leis Naturais da Vida trazidas por Hellinger e que são a base das Constelações Familiares. Disponível em: <<https://iperexo.com/2016/12/13/as-3-leis-naturais-da-vida-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

¹⁰³ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p. 21.

troca. De fato, não podemos aceitar nada sem sentir a necessidade de retribuir. O ganho é uma espécie de culpa.¹⁰⁴

Deste modo, em um relacionamento, é essencial saber até que ponto o outro pode receber e até quanto consegue doar, para que se tenha como limite dar aquilo que o outro consegue receber. Se tal medida for ultrapassada, o relacionamento restará prejudicado, pois, quando há desequilíbrio numa relação afetiva, é comum que um dos lados, por não conseguir retribuir na mesma proporção, se sinta culpado e pressionado a sair do relacionamento, assim como aquele que dá mais do que recebe pode acabar por não mais ceder, visando que o outro lhe retribua na mesma proporção.¹⁰⁵

Fazendo uma referência gráfica desse princípio, é como se nos relacionamentos entre pares cada um ficasse de um lado da balança, como ocorre na balança que simboliza a Justiça. E quando a troca entre dois indivíduos é desequilibrada, o lado em que está a pessoa que recebe muito fica pesado e o lado em que está a pessoa que se doa mais é leve, causando desequilíbrio.

Entretanto, Hellinger ressalta que, em certos relacionamentos, sempre haverá discrepância entre doador e recebedor, como ocorre nas relações entre pais e filhos, por exemplo.¹⁰⁶ Os pais são, basicamente, doadores e filhos recebedores. Por isso, nesta relação, o equilíbrio entre o dar e o receber não será alcançado pela doação recíproca, mas ocorrerá por outros meios. A compensação virá quando os filhos se doarem aos próprios filhos, seus sucessores.

Assim como ocorre no sistema familiar, na esfera criminal, quem comete uma injustiça precisa assumir sua responsabilidade e reparar o dano causado, ou seja, a justiça é baseada numa relação de troca. Assim, a vítima tem o direito de exigir de seu agressor uma compensação para reequilibrar a relação existente entre vítima e agressor, possibilitando seu término.

O Direito, assim como um sistema de freio e contrapeso da sociedade e coletividade, serve para reparar o equilíbrio entre as partes. Entretanto, na área

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 21.

¹⁰⁶ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p. 23.

penal existem acontecimentos que jamais poderão ser compensados de forma equilibrada. Quem assassina alguém, por exemplo, jamais poderá reparar e compensar isso, pois, neste caso, a compensação só ocorreria se fosse possível trazer a vítima de volta à vida.

Sobre este assunto, o escritor Alemão Jakob Robert Schneider defende que, em muitas situações, a justiça é alcançada através de uma reparação ou de uma retribuição compensatória. Entretanto, nos casos em que a injustiça cometida é irreparável, a exigência de compensação proporcional conduz a uma nova injustiça.¹⁰⁷

O lema “olho por olho, dente por dente” muitas vezes não traz justiça, ao contrário, aumenta a injustiça, pois a compensação negativa pode satisfazer o desejo de vingança, mas não traz equilíbrio e pacificação. Deste modo, Schneider afirma que “para resolver conflitos graves entre seres humanos, é preciso fazer justiça quando algo pode ser compensado e renunciar a uma justa compensação quando a tentativa de obtê-la só produzir mais injustiça”.¹⁰⁸

O escritor salienta ainda que “só podemos renunciar à justiça quando a injustiça é reconhecida, as consequências jurídicas são aceitas e, na medida do possível, é oferecida uma reparação simbólica, não excessivamente pesada, mas adequada às circunstâncias”.¹⁰⁹

Sobre este posicionamento, pode-se concluir que, nas situações em que a injustiça não pode ser reparada completamente, a melhor maneira de encerrar o conflito seria através da renúncia a uma justa compensação e pela aceitação de uma reparação menor, ou seja, é preciso que a vítima perdoe parte da dívida do agressor para que o conflito se encerre sem que uma nova injustiça seja praticada.

No que tange ao perdão praticado pela vítima, Hellinger aponta que para este ser efetivo, deve-se preservar tanto a dignidade do culpado quanto a da vítima. Assim, o perdão eficaz “requer que as vítimas não exagerem nos pedidos de reparação e aceitem uma indenização justa da parte do ofensor. Sem o perdão que reconhece o remorso genuíno e aceita a indenização adequada, não há

¹⁰⁷ SCHNEIDER, Jakob Robert. A prática das Constelações Familiares. Bases e Procedimentos. Ed. Atman, 2007. p 47- 48.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

reconciliação possível”.¹¹⁰

Deste modo, o Princípio do Equilíbrio é de suma importância para o Direito Sistêmico. Talvez seja o que mais justifica a aplicação do Direito Sistêmico à justiça criminal.¹¹¹ A CF/88 no artigo 5º, inciso XXXV estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹²; com isso, a aplicação da pena ficou a cargo do Estado, mais precisamente para a figura do juiz.

Neste sentido, quase sempre a lide é resolvida sem que ocorra a compensação entre as partes vítima/ofensor, pois o juiz não consegue vivenciar a real necessidade do autor do fato e da vítima e muito menos possui condições de estabelecer o equilíbrio na relação “machucada” pela ofensa/violência com uma pena.¹¹³

Hellinger defende ainda que o rompimento de qualquer uma das leis da Ordem do Amor provoca um desequilíbrio que resulta nos chamados traumas, os quais formam os “nós” ou “emaranhados”, que interligam todos os integrantes do sistema ao acontecimento em questão. Por conseguinte, os emaranhados são identificados através de acontecimentos não resolvidos do passado, que irão refletir em condutas impulsivas e sentimentos excessivos.¹¹⁴

Dito disso, com o intuito de demonstrar e facilitar a compreensão da teoria de Hellinger, encontra-se, abaixo, uma imagem que representa que cada pessoa que pertencente a um sistema possui o seu lugar e que, além disso, está interligada aos demais membros.

¹¹⁰ HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. A simetria oculta do amor. Editora Cultrix, São Paulo, 2002. p. 26.

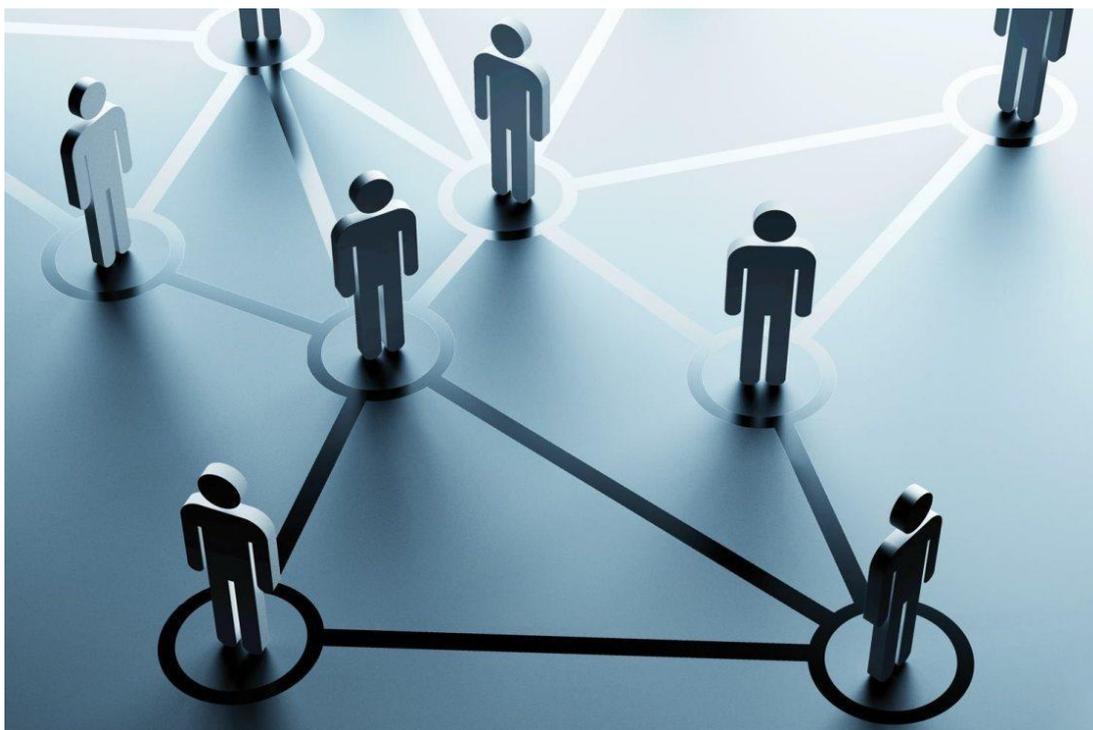
¹¹¹ LIPPMANN, Márcia Sarubbi e OLDONI, Fabiano. Direito Penal Sistêmico - A Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal. Publicado em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307>>. Acesso em: 02 de fev. 2020.

¹¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

¹¹³ LIPPMANN, op.cit. p. 1.

¹¹⁴ HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. Constelações Familiares - O Reconhecimento das Ordens do Amor. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. P. 25 e 163.

Figura 6 - Sistema Familiar



Fonte: <https://animamediacao.com.br/2017/07/12/campos-morfogeneticos-porque-os-padroes-familiares-se-repetem-nas-geracoes/>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

2.5 A TEORIA DOS CAMPOS MÓRFICOS DE RUPERT SHELDRAKE

A Constelação Familiar trabalha as famílias como campos, por isso, a teoria que muito influenciou os trabalhos de Hellinger é a que o biólogo e bioquímico Rupert Sheldrake propõe em seu livro “Uma Nova Ciência de Vida”, sobre a ideia dos campos cientes ou morfogenéticos, os quais ajudam a compreender como os organismos adotam as suas formas e comportamentos característicos.¹¹⁵

Segundo Sheldrake, os campos mórficos são a memória coletiva a qual recorre cada membro da espécie e para a qual cada um deles contribui. “Morfo vem da palavra grega *morphe* que significa forma”.¹¹⁶ Assim, trata-se de campos de forma, campos padrões ou estruturas de ordem. Estes campos organizam não só os campos de organismos vivos, mas também de cristais e moléculas. Cada tipo de molécula, cada proteína, por exemplo, tem o seu próprio campo mórfico – a

¹¹⁵ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 9.

¹¹⁶ HENDGES, Antônio Silvio. A Teoria dos Campos Mórficos do Biólogo Rupert Sheldrake. 2011. Disponível em <<https://www.ecodebate.com.br/2011/03/14/a-teoria-dos-campos-morficos-do-biologo-rupert-sheldrake-artigo-de-antonio-silvio-hendges/>> Acesso em: 05 de novembro de 2019.

hemoglobina, um campo de insulina etc. De um mesmo modo, cada tipo de cristal, cada tipo de organismo, cada tipo de instinto ou padrão de comportamento tem seu campo mórfico. Estes campos são os que ordenam a natureza.¹¹⁷

Essa teoria defende que, tal qual um campo magnético, não podemos perceber imediatamente um campo mórfico, mas conseguimos detectar sua presença pelos efeitos que produz. Diferentemente dos campos gravitacional e eletromagnético, contudo, o que se transmite na hipótese do biólogo inglês é pura informação, e não energia, razão pela qual sua intensidade não decai com o quadrado da distância. Nos campos mórficos, o hábito de um certo grupo gera um patrimônio coletivo, que passa a ser compartilhado por toda a espécie, por todos os semelhantes.¹¹⁸

Sheldrake também estudou o fenômeno da ressonância morfogenética, que se refere ao modo como os padrões de comportamento ressonam pelo espaço e tempo, do passado para o presente, causando as regularidades da natureza. Ele defende que as formas, instintos e condutas ocorrem por uma memória, a qual decorre dos hábitos dos antepassados. Por meio dela, ainda, as informações se propagam no interior do campo mórfico, através de tempo e espaço, “alimentando uma espécie de memória coletiva”.¹¹⁹

Rupert explica tal efeito através de uma experiência realizada inicialmente em Harvard, e posteriormente deslocada também para outras localidades. O experimento foi feito ensinando ratos a escaparem de um labirinto. Subsequentemente, as gerações posteriores cujos pais haviam sido ensinados, passaram a aprender de forma cada vez mais rápida a escapar – cerca de vinte gerações depois, a velocidade de aprendizagem já havia aumentado cerca de dez vezes.

Ao repetir-se tal teste em Edimburgo e na Austrália, percebeu-se que, mesmo aqueles ratos cujos pais não haviam passado pelo treinamento, apresentavam uma velocidade de aprendizagem correspondente àquela em que os ratos de Harvard se encontravam, o que comprovava não se tratar de uma mutação

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 99-102.

genética, eis que os pais dos ratos daquela localidade não haviam sido treinados. A genética, portanto, não poderia explicar tais resultados, entretanto, a ressonância mórfica os poderia prever.¹²⁰

Trazendo a teoria de Sheldrake para a abordagem sistêmica de Hellinger, pode-se dizer que existe um campo mórfico que armazena as memórias passadas do nosso sistema familiar. Este campo, independentemente do tempo e do espaço, interliga todos os seus membros, presentes ou não.

Esta teoria esclarece como ocorre a repetição de padrões neste sistema, pois, através da ressonância mórfica, os hábitos e costumes de antepassados podem influenciar a vida das gerações atuais, tais como a doença de um avô que se repete no neto, as manias de um antepassado que não foram conhecidos por quem o reproduz, o instinto agressor de um tio, etc.¹²¹

Sheldrake afirma que, assim como nos campos conhecidos da física, os campos mórficos são capazes de reorganizar mudanças sistêmicas. Ela faz uma comparação das alterações possíveis de ocorrer em um campo mórfico ao que ocorre em uma transmissão de estações de rádio.

[...] assim como mudanças num aparelho de rádio sintonizado numa estação específica podem levar a modificações e distorções da música que sai do alto-falante, de modo análogo, mudanças genéticas num sistema em Desenvolvimento sob a influência de um campo morfogenético podem levar a modificações e a distorções da forma do organismo. Portanto, organismos em desenvolvimento, fatores ambientais e genéticos podem afetar a morfogênese de duas formas diferentes: mudando a sintonia dos germes morfogenéticos, ou influenciando os caminhos habituais da morfogênese de modo a produzir variantes das formas normais.¹²²

Esta comparação ajuda no entendimento da dinâmica dos fatos que são observados durante uma sessão de Constelação Familiar em grupo, pois é através da ressonância morfogenética que as informações armazenadas no campo mórfico do constelado são acessadas e podem ser sentidas e manifestadas pelo

¹²⁰ BASSOI, Vera. Consulta científica de Vera Bassoi com Rupert Sheldrake. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UUIXLL96OLQ>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

¹²¹ Ibidem.

¹²² SILVA, Milena Patrícia da. Direito sistêmico e justiça criminal: a constelação Familiar como Instrumento na Resolução de Conflitos na Área Penal. Curitiba: Juruá, 2019. p. 99-102.

representante que atua como se este fosse um canal receptor.¹²³

Deste modo, após ter acesso ao campo, o constelador realiza as intervenções necessárias no sistema para que seja restabelecida a ordem e o equilíbrio necessário para que o amor volte a fluir.

Abaixo segue uma imagem que busca representar o fenômeno da ressonância morfofísica.

Figura 7 - Campo mórfico



Fonte: <https://constelarflorianopolis.com.br/ressonancia-dos-campos-morficos>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

Tendo a teoria de Sheldrake como referência, pode-se concluir que cada sistema familiar tem seu campo mórfico, dentro dos quais hábitos herdados do passado podem ressonar no presente, resultando uma influência inconsciente no modo como seus membros se comportam.¹²⁴

E a partir da análise das repetições de padrões familiares, sejam doenças, comportamentos violentos, dificuldades de se relacionar, é possível perceber como

¹²³ VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 86.

¹²⁴ VIEIRA, op.cit., p. 87.

estes padrões podem influenciar a saúde de um sistema e que, não raro, um desequilíbrio nesse campo pode terminar no Judiciário. Assim, inúmeros são os benefícios resultantes da aplicação das Constelações Familiares no âmbito das demandas jurídicas, conforme será visto no capítulo seguinte.

Uma vez abordadas as leis das Constelações Familiares, sua perspectiva sistêmica e a Teoria dos Campos Mórficos, passa-se a tratar do surgimento do Direito Sistêmico e da utilização das Constelações Familiares na área jurídica.

3 O DIREITO SISTÊMICO

Como anteriormente visto, o Estado não vem conseguindo efetivar o princípio da pacificação social e a cada ano aumenta o número de conflitos que são levados ao Poder Judiciário Brasileiro.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, por meio da Resolução nº 125/2010, institucionalizou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, de modo a incentivar mecanismos consensuais de resolução de lides.¹²⁵

Desde então, tem-se buscado novas maneiras de solucionar as disputas judiciais de forma consensual e que privilegiem a autonomia das partes, ou seja, passaram a ser difundidos os chamados Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASC) – tais como a conciliação, a mediação, a arbitragem, a justiça restaurativa e a constelação familiar – nos diversos ramos do Direito.

No método da Constelação Familiar, “a solução não parte de um terceiro e sim do próprio indivíduo, que é levado a sair da posição de vítima ou algoz na qual se encontra e a passar a se responsabilizar pela transformação do conflito em que está envolvido”.¹²⁶

Em 2016, o CNJ reconheceu as vantagens da aplicação das Constelações Familiares no Judiciário como método de humanização do direito e reiterou a eficácia e a importância do pensamento sistêmico para reconectar laços humanos:

¹²⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

¹²⁶ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Editora Manuscritos, 2018. p. 14.

O pensamento sistêmico mostra a cada dia mais a sua importância e eficácia, para reconectar laços humanos rompidos e lidar com as dores e rupturas que dilaceram o ser humano e, nessa busca pela melhor convivência entre partes e resolução de demandas, a aplicação da Constelação Familiar em diversos Tribunais do País tem mostrado resultados surpreendentes, pois permite construir novos caminhos de convivência e promover a pacificação das relações sociais, muitas vezes de forma mais efetiva do que uma decisão judicial.¹²⁷

Portanto, diante do reconhecimento pelo CNJ dos resultados positivos que a abordagem sistêmica pode proporcionar aos conflitos judiciais, seus princípios merecem ser vistos por pesquisadores e operadores do Direito, tendo como objetivo novas análises sobre a necessidade e os benefícios de sua aplicação em todas as áreas do Direito, como, por exemplo, na área da execução penal.

3.1 A ORIGEM DO DIREITO SISTÊMICO

A expressão “Direito Sistêmico” foi criada pelo juiz de direito Sami Storch e representa a análise dos conflitos que chegam à justiça sob a ótica da teoria sistêmica desenvolvida por Hellinger, ou seja, o Direito Sistêmico trouxe os Princípios Sistêmicos (as Ordens do Amor descritas no capítulo anterior) para o Poder Judiciário.

Após alcançar elevados índices com o uso da Constelação Familiar nas audiências que conduzia, o juiz Storch sentiu a necessidade de divulgar seu olhar sistêmico e para isso criou o blog “direitosistemico.wordpress.com”. O domínio na internet ajudou na propagação do termo.

O juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Sami Storch, é o precursor da utilização da abordagem sistêmica no Poder Judiciário Brasileiro. Tudo começou em 2004, quando ele conheceu a técnica de Hellinger em uma terapia pessoal, antes mesmo de ingressar na magistratura.

Já em 2010, convencido da eficácia da abordagem na solução de questões pessoais e acreditando no seu potencial para solucionar conflitos no Judiciário, Storch passou a analisar os casos em que atuava sob a ótica das constelações

¹²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça alagoana aplica técnica da constelação familiar em audiências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81831-justica-alagoana-aplica-tecnica-daconstelacao-familiar-em-audiencias>>. Acesso em 09 de março de 2020.

familiares.¹²⁸

Assim, inicialmente, Storch introduziu a visão sistêmica de forma mais discreta, em audiências judiciais que realizava na Vara de Família, utilizando-se de frases que visavam inclinar o olhar das partes em conflito para o amor que os uniu um dia e para o fato de que ambos sofriam por não ter dado certo.¹²⁹

Entretanto, em 2012, na Comarca em que trabalhava no Município de Castro Alves/BA, com apoio da presidência do Tribunal de Justiça da Bahia, ele passou a promover palestras vivenciais, em que convidava as partes em conflitos sobre guarda de menor, alienação parental, divórcio, alimentos e inventário a participarem de dinâmicas e vivências de Constelações que as oportunizavam olhar para suas situações de um outro ângulo.¹³⁰

Destaca-se também a atuação de Storch na Vara de Infância e Juventude da comarca de Amargosa/BA. Lá se utilizou a Abordagem Sistêmica tendo como objetivo a diminuição dos índices de reincidência de adolescentes em atos infracionais, através da identificação e da transformação de padrões sistêmicos viciosos que a abordagem proporciona.¹³¹

Após o trabalho com constelações, os participantes do projeto demonstraram “boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar”.¹³²

Prova dessas percepções são os resultados levantados pela atuação do juiz. Segundo dados do CNJ, no ano de 2012, das 90 audiências realizadas na Comarca do Município de Castro Alves/BA, após a conclusão do projeto, o índice de

¹²⁸ STORCH, Sami. O direito sistêmico. Disponível em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

¹²⁹ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>>. Acesso em: 18 de março de 2020.

¹³⁰ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>>. Acesso em: 18 de março de 2020

¹³¹ STORCH, Sami. Constelações aplicadas a processos de adolescentes envolvidos com atos infracionais. Disponível em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/2014/08/11/constelacoes-aplicadas-a-processos-de-adolescentes-envolvidos-com-atos-infracionais-entrevista-do-juiz-sami-storch/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

¹³² Ibidem.

conciliação foi de 91%, nas lides em que pelo menos uma das partes participou de vivências Sistêmicas.¹³³

Já com relação ao projeto desenvolvido na Vara de Infância e Juventude da comarca de Amargosa/BA, a pesquisadora Milena Patrícia da Silva, após entrevistar os responsáveis pelos adolescentes infratores que participaram das dinâmicas, verificou que, dos 21 casos acompanhados, em 18 deles não houve reincidência após um ano, índice considerado muito alto.¹³⁴

Silva afirma que a aplicação das dinâmicas sistêmicas nos adolescentes evidenciou, na maioria dos casos, a violação da ordem do pertencimento de Hellinger, em especial pela ausência do pai, seja pelo falecimento deste ou por abandono afetivo.¹³⁵

O reflexo disso gerou um “sentimento de exclusão e de abandono nos adolescentes, levando-os a procurar algo que pudesse preencher a lacuna que o pai deixou”.¹³⁶ Pode-se dizer que essa violação a uma das Ordens do Amor definidas por Hellinger gerou um desequilíbrio nos sistemas familiares dos envolvidos que, no caso desses adolescentes, acabou por manifestar-se no cometimento de atos ilícitos.

Na conclusão do estudo, Silva defende que a descoberta dos emaranhamentos vividos pelos adolescentes possibilitou a sua solução e daí em diante os jovens passaram a conduzir o seu próprio destino, resultando num melhor relacionamento com a família, no retorno aos estudos, na busca por um emprego, dentre outros.¹³⁷

Destaca-se que os resultados do trabalho realizado por Storch, com o uso das Constelações Sistêmicas, foram tão surpreendentes que, em 2014, ele recebeu

¹³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>>. Acesso em: 05 de março de 2020.

¹³⁴ SILVA, Milena Patrícia da. Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente segundo a abordagem sistêmica fenomenológica do ponto de vista das constelações familiares segundo Bert Hellinger. 2015. 127 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015.

¹³⁵ SILVA, Milena Patrícia da. Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente segundo a abordagem sistêmica fenomenológica do ponto de vista das constelações familiares segundo Bert Hellinger. 2015. 127 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Ibidem.

do Instituto Innovare menção honrosa, na XI edição do Prêmio Innovare.¹³⁸

Já em 2015, o juiz recebeu outra menção honrosa, desta vez pelo CNJ, durante a 5ª edição do Prêmio Conciliar é Legal, em razão do alto índice de acordos celebrados por ele através do projeto “Constelações na Justiça”. No mesmo ano, Storch foi convidado pelo próprio Bert Hellinger a palestrar sobre seu trabalho no Congresso Hellinger Internacional na Alemanha.¹³⁹

3.2 CONCEITO DE DIREITO SISTÊMICO

Nas palavras do Procurador de Justiça aposentado e palestrante das abordagens sistêmicas, Amilton Plácido da Rosa, em termo técnico-científico, o Direito Sistêmico pode ser definido da seguinte forma:

Um método sistêmico-fenomenológico de solução de conflitos, com viés terapêutico, que tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes, em nível anímico, mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos.¹⁴⁰

Storch alerta que a forma tradicional de lidar com os conflitos no Judiciário já não são mais eficientes, uma vez que “uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre gera inconformismo e não raro desagrada a ambas as partes”.¹⁴¹

Para o juiz, uma solução aplicada por uma lei ou por uma sentença judicial pode até trazer algum conforto momentâneo, uma cessação na relação conflituosa, mas, às vezes, não é o método adequado para se resolver verdadeiramente a questão e trazer paz às pessoas.¹⁴²

¹³⁸ RAMOS, Camila. A Constelação Sistêmica aplicada ao Direito de Família. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74944/a-constelacao-sistemica-aplicada-ao-direito-de-familia/4>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

¹³⁹ EMPÓRIO DO DIREITO. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.com.br/leitura/workshop-direito-sistemico-com-o-juiz-de-direito-sami-storch-dia-19-de-junho-de-2015-em-curitiba-participe>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

¹⁴⁰ ROSA, Amilton Plácido da. Jornal Carta Forense - Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

¹⁴¹ STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em 05 de abril de 2020.

¹⁴² Ibidem.

Assim como acontece nas relações familiares; o Direito Sistêmico vê as partes em conflito (vítima e algoz) como membros de um mesmo sistema, ao mesmo tempo em que vê cada uma delas vinculada a outros sistemas dos quais simultaneamente fazem parte. Por exemplo, o indivíduo faz parte do seu sistema familiar ao mesmo tempo em que integra o sistema existente no seu ambiente profissional.¹⁴³

Para Storch, quando se trabalha a lide por meio da abordagem sistêmica, é possível desvendar a verdadeira origem do conflito existente entre as partes e encontrar a solução que, considerando todo esse contexto, trará maior equilíbrio e paz a todos os sistemas envolvidos no processo. Ele defende que o Direito Sistêmico é uma nova abordagem para o tratamento das lides na Justiça e tem como proposta “encontrar a verdadeira solução para o conflito”.¹⁴⁴

Oldoni e Lippmann afirmam que a aplicação dos princípios de Hellinger na justiça constitui um novo paradigma no Direito. Segundo eles, “a aplicação das ordens do amor de Hellinger ao campo do direito traz uma nova forma de perceber os vínculos entre os indivíduos e os grupos tutelados pelo direito”.¹⁴⁵

Na mesma linha de pensamento, Rosa aponta que “o Direito Sistêmico é, antes de tudo, uma postura. É uma nova forma de viver e de se fazer justiça, buscando o equilíbrio entre o dar e o receber, de modo a trazer paz para os envolvidos em um conflito”.¹⁴⁶ Deste modo, o operador do Direito (seja o juiz, o advogado ou o promotor) que trabalha com a visão sistêmica:

continuará a fazer as mesmas coisas, porém as fará com uma postura diferente, com uma postura respeitosa, sistêmica e fenomenológica, e procurará – sem julgamento – descobrir qual ou quais leis sistêmicas foram violadas pelas partes para que elas

¹⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Entrevista do Juiz Sami Storch para TRT-SC sobre Constelação Familiar. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/confira-entrevista-do-juiz-sami-storch-para-trt-sc-sobre-constelacao-familiar/>. Acesso em 05 de abril de 2020.

¹⁴⁴ STORCH, Sami. O direito sistêmico. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

¹⁴⁵ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2a. Edição, Manuscritos Editora, 2018. p.43

¹⁴⁶ ROSA, Amilton Plácido da. Jornal Carta Forense - Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistemico-e-constelacao-familiar/16914>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

chegassem ao conflito.¹⁴⁷

Também com a visão ampliada sobre o Direito Sistêmico, a advogada Damaris Badalotti defende que:

O Direito Sistêmico pode ser compreendido como um ramo da Ciência Jurídica, que busca proporcionar a viabilidade e o entendimento do Direito dentro de uma disciplina de convivência humanizada, tornando-o uma nova possibilidade para a adequação do comportamento humano, não pela coerção, mas pela conscientização através das ordens sistêmicas efetivando uma melhor dinâmica da Justiça e o alívio dos jurisdicionados.¹⁴⁸

Assim, afirma-se que este ramo do Direito não trabalha um diploma legal específico como, por exemplo, ocorre com o Direito do Consumidor que estuda as relações de Consumo. Ele atua de uma maneira mais ampla, sugerindo uma nova postura de todos os sujeitos do Direito e tem como finalidade viabilizar sua aplicação onde a adequação do comportamento humano passa a ser individualizada pela tomada de consciência e responsabilização própria – causas e consequências – pelas escolhas tomadas, permitindo, assim, a evolução da própria sociedade.¹⁴⁹

Diante de todos esses conceitos, pode-se concluir que o modo de conduzir os conflitos judiciais desenvolvido por Storch a partir da filosofia hellingeriana deu origem ao termo Direito Sistêmico. Contudo, em pouco tempo, este conceito adquiriu novas abordagens e hoje é considerado um ramo do Direito que estuda a nova postura que os sujeitos do Direito devem ter, a conscientização e a responsabilização das partes processuais (vítima e agressor), a busca pela humanização da justiça, entre outros assuntos.

3.3 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO SISTÊMICO NAS DIVERSAS

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ BADALOTTI, Damaris. Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistemico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftnref9>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

¹⁴⁹ BADALOTTI, Damaris. Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistemico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftnref9>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

ÁREAS DO DIREITO

A nova forma de fazer o Direito vem inspirando outros magistrados e demais profissionais da área do Direito. Assim que os resultados positivos alcançados pelo Dr. Storch foram divulgados, vários projetos, em prol da utilização da abordagem sistêmica, passaram a ser desenvolvidos, tanto na justiça de 1º grau como em diversos Tribunais pelo país.

De acordo com matéria publicada em 03 de abril de 2018, na página do CNJ, até o início do ano de 2018, 16 estados e o Distrito Federal já faziam uso do Direito Sistêmico como método auxiliar na solução de conflitos, buscando pacificar as relações na Justiça brasileira. Segundo a matéria, o uso da abordagem sistêmica na justiça tem como intenção “esclarecer as partes sobre o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial e abrir caminhos para a pacificação social”.¹⁵⁰

Para a juíza Sandra Silvestre, auxiliar da Corregedoria do CNJ, a Constelação Familiar e outras práticas sistêmicas tornaram-se poderosos instrumentos de pacificação social. Ela afirma que “o Direito Sistêmico é um importante caminho que se fortalece cada dia mais, mostrando que veio para ficar”.¹⁵¹

Inicialmente a utilização da Constelação Familiar na justiça foi vista como mais um método consensual de resolução de conflitos. Deste modo, a prática inicial da abordagem se deu principalmente na área Cível, através das Varas de Família e dos Juizados Especiais. Como consequência desse movimento, em dezembro de 2017, a Associação Brasileira de Constelações Sistêmicas, apresentou na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 9.444 de 2017, que propõe o reconhecimento, junto ao Poder Legislativo, da abordagem sistêmica como um instrumento de mediação, a fim de assistir à solução de controvérsias.

O projeto e o respectivo anteprojeto foram escritos com a participação da consteladora Adhara C. Vieira e ambos têm como intuito “promover o acesso à prática das constelações em âmbito nacional, estendendo a todos os Tribunais de Justiça e às Varas, não só no âmbito da Justiça comum, mas, também, na justiça

¹⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação familiar no firmamento da justiça em 16 estados e no DF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁵¹ Ibidem.

especializada.¹⁵²

Contudo, com o passar do tempo, o Direito Sistêmico ampliou seus conceitos e diversos profissionais do Direito passaram a estudar a Abordagem Sistêmica Fenomenológica e sua utilização em outros ramos do Direito, como no Direito do Consumidor e no Direito Penal, por exemplo, tornando-a possível com adaptações.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), por exemplo, utiliza a abordagem também no âmbito do Direito do Consumidor. Foi criado, no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Brasília, um setor especializado em atender consumidores superendividados, inclusive com a realização de dinâmicas e de sessões de Constelação Sistêmica.¹⁵³

Já na esfera criminal, a abordagem vem sendo difundida junto aos processos que tramitam nas Varas Criminais e nas Varas de Execução Penal. Nestas Varas são realizadas experiências tendo como objetivo a pacificação dos conflitos e a melhora dos relacionamentos entre réu, vítima e respectivas famílias.

Neste campo, a prática sistêmica é feita com adaptações, pois as limitações legais, em muitos casos, engessam a condução do processo e impedem o encerramento do processo pela via consensual, sendo imperativa a aplicação da sanção prevista. Outra diferença ocorre com relação ao modo como as dinâmicas são aplicadas, já que aqui a participação das partes é mais restrita, preferindo-se trabalhar com representantes durante a sessão de constelação, visto que as partes preferem não se expor, seja por vergonha ou porque vivenciar o fato novamente lhes causariam muita dor.¹⁵⁴

Como exemplo, cita-se o trabalho realizado com as mulheres vítimas de violência doméstica na 1ª Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar

¹⁵² VIEIRA, Adhara Campos. A constelação sistêmica no judiciário. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 275.

¹⁵³ TJDFT. Oficina de constelação familiar é utilizada para auxiliar resolução de conflitos. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/marco/constelacao-familiar-e-realizada-no-nucleo-bandeirante-como-auxiliar-na-resolucao-de-conflitos>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁵⁴ STORCH, Sami. Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário. In Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>>. Acesso em: 18 de março de 2020.

Contra a Mulher de Cuiabá. A Vara foi a precursora nessa utilização, através de um projeto piloto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso em parceria com a Corregedoria-Geral da Justiça (CGJ-MT), como parte da campanha “Justiça pela Paz em Casa”.¹⁵⁵

A finalidade do projeto é fazer com que as mulheres vítimas de violência doméstica possam verbalizar o conflito, identificando sua origem e recebendo orientações práticas para resolver a questão, objetivo este que parece estar sendo efetivado.¹⁵⁶

Semelhante projeto tem ocorrido também no Estado do Rio Grande do Sul, na Comarca de Parobé/RS. Lá, a Juíza Lizandra dos Passos criou o projeto “Justiça Sistêmica: resolução de conflitos à luz das Constelações Familiares”, sendo implementado inicialmente na área de violência doméstica. No primeiro momento, foram criados dois grupos divididos por gênero, um formado por homens (agressores), que recebiam como medida cautelar – além da medida protetiva –, e um formado por mulheres (vítimas) que eram convidadas a participar.¹⁵⁷

Com o passar do tempo, perceberam a necessidade de fazer um grupo misto – sem colocar vítimas e agressores no mesmo –, para que houvesse a reconciliação do feminino com o masculino. Assim, neste tipo de processo, não é feito o acordo; contudo, nota-se que é criado um empoderamento feminino e, no período pesquisado de seis meses, o índice de não reincidência processual entre os participantes registrou o índice de 93,8%.¹⁵⁸

Como resultado de toda essa ampliação do Olhar Sistêmico na Justiça, vários tribunais, em diferentes Estados, passaram a oferecer cursos de capacitação, seminários e até mesmo a formação em “facilitador ou constelador” para juízes e demais servidores da justiça que desejam conhecer melhor a abordagem.

O Curso de Formação em Organização Sistêmica é um exemplo de curso de

¹⁵⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. Constelação muda vidas de mulheres agredidas. 2017. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/48520#.WVK5coWcEz3>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ JORNAL DA LEI. Parobé utiliza constelações para solucionar conflitos. Disponível em:

<http://jcrs.2cloud.com.br/_conteudo/2018/03/cadernos/jornal_da_lei/617551-parobe-utiliza-constelacoes-para-solucionar-conflitos.html>. Acesso em: 20 de março de 2020.

¹⁵⁸ Ibidem.

capacitação oferecido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), realizado em Brasília, no final de 2018. Tinha como objetivo a capacitação de magistrados e servidores da Justiça Federal para aplicar os conceitos e a filosofia das Constelações Familiares na solução alternativa de conflitos.¹⁵⁹

Conforme aponta o instrutor do curso oferecido pelo CJF, Décio Fábio de Oliveira Júnior, “a Abordagem Sistêmica é uma ferramenta para fazer a mudança no jeito de entregar o Direito, e não na forma de fazer o Direito”.¹⁶⁰ Ele ainda apontou que o objetivo principal do curso era:

Fazer com que os operadores dessa metodologia consigam solucionar, por meio do diálogo, as mais variadas demandas judiciais. Nós não estamos nem pretendemos interferir no formato legal do processo em si, mas, sim, no *approach* interno do operador do Direito, no caso, juiz ou serventuário da Justiça, para que tenha efeito sobre as emoções das partes envolvidas, permitindo um abrandamento do conflito.¹⁶¹

Outra iniciativa que também merece ser citada foi promovida pelo Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO). Em agosto de 2018, o Tribunal formou os primeiros 28 magistrados do país em Constelação Familiar.¹⁶² Para a juíza Silvana Freitas, que participou da formação, o impacto do curso “é sentido tanto na vida pessoal como profissional”, pois o curso qualifica os juízes que passam a conduzir o método sistêmico de forma segura e profunda.¹⁶³

Além da capacitação que vem acontecendo dentro dos Tribunais, ressalta-se que algumas instituições de ensino superior brasileiras já oferecem o estudo da Abordagem Sistêmica desenvolvida por Hellinger. Em 2017, a Universidade Federal de Santa Catarina implantou a matéria “Direito Sistêmico” na Graduação e no Mestrado em Direito, tornando-se a primeira instituição de ensino superior no

¹⁵⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Curso sobre Constelação Familiar termina nesta quarta (28) no CJF. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/novembro/curso-sobre-constelacao-familiar-termina-nesta-quarta-28-no-cjf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação Familiar: 28 juízes de RO concluem 1º curso sobre método. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/87547-constelacao-familiar-ro-conclui-1-curso-para-juizes-sobre-a-tecnica>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁶³ Ibidem.

Brasil a estudar cientificamente o método e a aplicar, na modalidade de extensão, a técnica de pacificação de conflitos familiares.¹⁶⁴ Vale destacar também que os Cursos de Pós-Graduação em Direito Sistêmico já são reconhecidos pelo Ministério da Educação.¹⁶⁵

Com relação ao uso das dinâmicas sistêmicas nas Varas de Execução Penal, é incontestável a necessidade de se buscar novas formas de humanização do sistema penitenciário brasileiro e, por acreditar na filosofia hellingeriana como uma ferramenta transformadora de pessoas, inclusive de pessoas reclusas, o próximo capítulo deste estudo será dedicado a explicar como vem sendo trabalhada a Abordagem Sistêmica dentro de algumas penitenciárias brasileiras e como os juízes da Varas de execuções adaptaram a filosofia.

4 O DIREITO SISTÊMICO NA EXECUÇÃO PENAL

O artigo 10 da Lei de Execução Penal aponta que é dever do Estado a assistência aos presos, tendo como objetivo reeducar e reintegrar o apenado à sociedade, evitando que o mesmo venha a cometer novamente alguma infração penal. Entretanto, o atual modelo de encarceramento utilizado pelo sistema prisional brasileiro não tem contribuído para a diminuição da violência, muito menos estimulado a transformação dos detentos.

Sobre o sistema carcerário, o escritor Foucault defende que “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las; a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta”.¹⁶⁶ Em seu estudo ele ainda aponta que a prisão “em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes

¹⁶⁴ Universidade Federal de Santa Catarina. UFSC é pioneira em aplicar técnicas para pacificação de conflitos familiares na graduação e mestrado. Disponível em: <<https://noticias.ufsc.br/2017/06/ufsc-e-pioneira-em-aplicar-tecnicas-para-pacificacao-de-conflitos-familiares-na-graduacao-e-mestrado/>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁶⁵ Faculdade Innovar. Masc:pós-graduação em direito sistêmico e meios adequados de solução de conflitos. Disponível em:<https://32f00ddf-4486-4f17-b61c8e99ba858272.usrfiles.com/ugd/32f00d_16f33e22e1af4ea1bce3e71630e96078.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p.292.

perigosos”.¹⁶⁷

Há a necessidade de readaptar e readequar as penitenciárias e os tratamentos oferecidos aos detentos para que estejam em convergência com a própria evolução da finalidade da pena, qual seja, reintegrar o detento à sociedade em vez de excluí-lo do meio para o qual, após o cumprimento da pena, ele retornará.

Ao observar os estudos até aqui apresentados, evidencia-se a crise no sistema penitenciário e fica demonstrada sua total incapacidade de atingir a reintegração social e conseqüentemente a ressocialização. Assim, torna-se fundamental a busca por novas práticas que não o encarceramento – ao menos não sozinho.

A necessidade de humanização do nosso sistema criminal, como via de ressocialização e de inibição da reincidência, mostra-se incontestável e, para isso, é importantíssima a utilização da interdisciplinaridade com outras áreas e da terapia sistêmica em análise.

4.1 OS BENEFÍCIOS DA ABORDAGEM SISTÊMICA NA EXECUÇÃO PENAL

Oldoni, Lippmann e Girardi, defendem que existem dispositivos na LEP que autorizam a aplicação da Abordagem Sistêmica, pois esta seria mais uma forma de dar assistência social ao apenado.¹⁶⁸ Assim, a terapia é reconhecida como uma maneira de auxiliar os internos do sistema carcerário na aceitação e cumprimento de sua pena, bem como evitar a reincidência, de modo que ele pagará pelo crime que cometeu e se libertará do emaranhado formado por ele. Interessante ponto de vista é o explanado pelos autores:

A importância de ouvir o sujeito que cumpre uma pena privativa de liberdade é enorme. Ele foi excluído do seu sistema familiar e social, não mais pertencendo a eles, sendo colocada a força num ambiente de encarceramento coletivo. Na família e no grupo foi

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. 2.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2017. p 131 e 134.

proibido de ficar e no sistema prisional forçado a estar. Evidente que não consegue pertencer a lugar algum.¹⁶⁹

Por isso, no âmbito penitenciário, multiplicam-se os projetos que visam proporcionar aos presos a oportunidade de compreender as dinâmicas ocultas por trás do padrão criminoso e enxergar onde está o desequilíbrio no seu sistema que, de forma inconsciente, os fez repetir os comportamentos antissociais já ocorridos em gerações passadas, na história da própria família.

Deste modo, evidencia-se a necessidade de olhar para os reais motivos que levaram o autor do fato ilícito a cometê-lo. Crê-se que há razões sistêmicas que os conduziram à prática de tais fatos, e por isso, nasce a possibilidade de aplicação das Dinâmicas Sistêmicas nos apenados.

Portanto, uma vez consciente de seus emaranhamentos, torna-se possível sua resolução, diminuindo as probabilidades de repetição do padrão comportamental e, por consequência, da reincidência criminal, pois, conforme Oldoni, Lippmann e Girardi, “pode-se afirmar que a reincidência é a repetição do comportamento pela manutenção oculta do problema”.¹⁷⁰

Além disso, o juiz Storch também acredita que:

As constelações podem reduzir as reincidências, auxiliar o agressor a cumprir a pena de forma mais tranquila e com mais aceitação, aliviar a dor da vítima e, quem sabe, desemaranhar o sistema de modo que não seja necessário outra pessoa da família se envolver novamente em crimes, como agressor ou vítima, por força da mesma dinâmica sistêmica.¹⁷¹

Isso posto, não resta dúvidas quanto à necessidade de um olhar mais humanizado aos que cumprem pena. A busca por aplicação de novos métodos, a fim de alcançar a tão idealizada ressocialização, faz com que tais práticas possibilitem ao sistema penitenciário uma chance real de atingir os objetivos descritos na LEP.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ STORCH, Sami. Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistêmico-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em 05 de abril de 2020.

4.2 DA APLICAÇÃO DA ABORDAGEM SISTÊMICA NAS VARAS DE EXECUÇÃO PENAL PELO PAÍS:

Diante dos espetaculares resultados obtidos com a aplicação da filosofia hellingeriana em outros ramos do direito, juízes das Varas de Execuções Penais de diversos Estados da Federação passaram a aplicar a Abordagem Sistêmica em algumas unidades de suas jurisdições, conforme restará demonstrado.

- **Recife/PE**

Em Recife/PE, desde 2015, a Abordagem Sistêmica é oferecida no complexo prisional de Curado, antigo Presídio Aníbal Bruno, considerado a maior penitenciária do Brasil, que abriga, aproximadamente, 7 mil presos em um espaço com capacidade de 1,8 mil pessoas. O projeto é desenvolvido pelo constelador e professor universitário Marcelo Pelizzoli e tem como foco ajudar os detentos a encontrarem conforto e entendimento diante do encarceramento vivido.¹⁷²

Na biblioteca da penitenciária, nas quartas-feiras, das 8h às 10h, são desenvolvidas atividades de Justiça Restaurativa e de Constelações Sistêmicas junto aos presos. O projeto gira em torno de diversas técnicas, como círculos de diálogos, constelação familiar, práticas de meditação, dentre outras, tendo como norte o autoconhecimento da pessoa do preso, amenizando sua dor, potencializando sua capacidade de resiliência, melhorando as relações dentro do presídio e colocando em perspectiva os aspectos relacionados à vida em liberdade¹⁷³.

Figura 8: dinâmica da Constelação realizada na biblioteca da penitenciária.

¹⁷² DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Um filósofo em missão junto aos presos. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/diretodaredacao/2016/01/29/um-filosofo-emmissao-junto-aos-presos/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

¹⁷³ DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Um filósofo em missão junto aos presos. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/diretodaredacao/2016/01/29/um-filosofo-emmissao-junto-aos-presos/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.



Fonte: <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/>. Acesso em: 03 de abril de 2020.

Pelizzoli afirma que deseja, com seu projeto, trazer humanização à cadeia.¹⁷⁴ Além disso, ele apontou que:

Historicamente, a população carcerária não é prioridade no que se refere à aplicação de políticas públicas porque a sociedade, de forma geral, costuma julgá-la sob um único ponto de vista, como a escória da sociedade. E só. A garantia de direitos, no entanto, vale para todos. Vítimas e algozes. E cabe somente à Justiça definir a pena do acusado de um crime. Ao estado, resta a função de garantir esse cumprimento de forma digna.¹⁷⁵

Em entrevista concedida à BBC Brasil, em 18 de março de 2018, Pelizzoli afirmou que, nas sessões coletivas do projeto, realizadas em 2015, com os 200 presos selecionados pela psicóloga Graça Sousa, foram abordados sofrimentos passados, a entrada na vida do crime e as perspectivas futuras dos detentos.¹⁷⁶

Segundo Pelizzoli, a figura paterna emergia como algo central na maioria dos casos. "Não é algo predeterminado, mas o abandono, a violência praticada pelo pai e os crimes prévios na família muitas vezes levaram a uma predisposição desses homens para entrar no crime".¹⁷⁷ Ele ainda apontou que:

Eles choravam muito (quando essas histórias familiares vinham à

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ BBC BRASIL. Constelação familiar: técnica terapêutica é usada na Justiça para facilitar acordos e „propagar cultura de paz“. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43204514>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

¹⁷⁷ Ibidem.

tona). Temos relatos escritos e orais de pessoas que se arrependeram (ao identificarem traumas), que começaram a acreditar na própria humanidade. Eles começam a se dar conta da dor e da ruptura que causaram.¹⁷⁸

Ao final da entrevista, Pelizzoli destaca que “a técnica pode ajudar na ressocialização de detentos, ao permitir que eles reencontrem sua humanidade e entendam as origens de seu comportamento violento”.¹⁷⁹

Salienta-se que foi realizada uma ampla pesquisa em sites da internet para descobrir se o projeto contou com o apoio da Vara de Execução de Recife, se continua em atividade e quais seus resultados, entretanto, tais informações não foram encontradas.

- **Fortaleza/CE**

Na cidade de Fortaleza, a Abordagem Sistêmica é aplicada na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas – VEPMA – localizada no Fórum Clóvis Beviláqua. O projeto “Olhares e Fazeres Sistêmicos no Judiciário” é de autoria das advogadas Gabriela Lima e Ana Torna Mendes e da psicóloga Socorro Fagundes. Ele foi lançado em 22 de junho de 2017 e tem como objetivo desenvolver o pensamento sistêmico e vivências com abordagem sistêmica, proporcionando clareza aos emaranhados dos processos judiciais e contribuindo para uma postura de inclusão e humanização.¹⁸⁰

Com o apoio da juíza de Direito Maria das Graças de Almeida Quental, titular da VEPMA, o projeto se desenvolve em uma sala ao lado da Vara. As vivências sistêmicas ocorrem mensalmente e são coordenadas por servidores do juízo, com o auxílio das idealizadoras e na presença de diversos voluntários (advogados, estudantes e/ou familiares dos apenados).

Os apenados escolhidos para fazer parte do projeto são convidados pela juíza a participarem das vivências sistêmicas como forma de redução da carga horária que lhes foi imposta como pena alternativa diversa à prisão, conforme

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ PORTAL DO GOVERNO. Ceará Pacífico: Constelação Familiar é tema do 23º Fórum Estadual de Mediação. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/vice-governadoria-e-vara-de-penas-alternativas-realizam-reuniao-de-forum-de-mediacao/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2019.

previsão em Lei. Para serem escolhidos, os jurisdicionados devem cumprir alguns pré-requisitos estipulados pela juíza. São eles: réu primário, bons antecedentes e não fazer parte de organização criminosa.¹⁸¹

Desta forma, o projeto ocorre em paralelo à condenação cumprida por meio das penas alternativas e com relação à sua condução, os jovens não são obrigados a constelar no primeiro encontro, muito menos expor o fato que os levou à condenação. Todavia, no transcorrer dos encontros, após entenderem o funcionamento da abordagem terapêutica, eles acabam solicitando a constelação, de forma a melhor compreenderem seus emaranhados familiares.

Quental pode constatar que a maioria dos jovens, réus primários, têm como perfil comum a baixa escolaridade, as condições de pobreza e a falta de estrutura familiar e, após o encarceramento, eles passam a sentir raiva e revolta. Por isso, ela defende que as sessões de Constelação “os ajudam a entender os motivos que os levaram a delinquir e têm como objetivo evitar a reincidência”.¹⁸²

- **Porto Velho / RO**

Na comarca de Porto Velho, a Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso (ACUDA), em parceria com o Tribunal de Justiça de Rondônia (TJ-RO), há 26 anos vem trabalhando com a ressocialização de apenados do Sistema Prisional de Rondônia. Conforme matéria divulgada no Portal do Governo do Estado de Rondônia, em 07 de maio de 2019, desde o início da criação da Organização não governamental (ONG) ACUDA, em 2001, já foram atendidos mais de 3.226 detentos oriundos das três unidades prisionais da capital: Penitenciária Estadual Aruana, Penitenciária Estadual Ênio dos Santos Pinheiro e Presídio Vale do Guaporé¹⁸³.

¹⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Juízes empregam "constelação familiar" para tratar vícios e recuperar presos. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86637-juizes-empregamconstelacao-familiar-para-tratar-vicios-e-recuperar-presos>>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ GOVERNO DE RONDÔNIA. Ressocialização - Mais de 3 mil presos já foram atendidos pela Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso de Rondônia. Disponível em:<<http://www.rondonia.ro.gov.br/mais-de-3-mil-presos-ja-foram-atendidos-pela-associacao-cultural-e-de-desenvolvimento-do-apanado-e-egresso-de-rondonia/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

O projeto começou com a organização de peças de teatro e atualmente, quase duas décadas depois, 100 reeducandos participam diariamente de atividades na ACUDA, que vão desde cursos à fabricação de produtos para venda, como tapetes romanos e chilenos, peças em madeira (mesas, cadeiras e outros utensílios) e cerâmica; artes plásticas e esculturas, além de serviços, como a oficina mecânica de veículos leves, funilaria e pintura; cursos de informática, música, corte e costura, crochê, salão de corte de cabelo, e ainda recebem atendimento odontológico, psicológico e terapêutico¹⁸⁴.

São selecionados para participarem do projeto somente detentos que possuem bom comportamento carcerário e que já cumprem, há mais de um ano, pena em regime fechado.¹⁴⁹ A ONG lança um olhar diferente para os apenados, dando a eles uma oportunidade de ressocialização de fato, através do oferecimento de atividades laborais, artísticas e sociais. Mas isso não seria eficiente sem o trabalho terapêutico.

A proposta do projeto é promover a transformação interna dos reclusos. Por isso, aliada às oficinas profissionais, a ACUDA passou a oferecer terapias, como por exemplo, oficinas de Gestalt e sessões de Constelação Familiar, que provocam mudanças profundas em quem estava habituado ao mundo do crime¹⁸⁵.

Atualmente, as atividades terapêuticas fazem parte dos pilares da ACUDA, que se fundamenta em cinco quesitos: educação, vínculos afetivos, espiritualidade, terapêutico e assistência. Por isso, na parte da manhã, são desenvolvidas terapias que se dividem em dois espaços: o salão e a clínica terapêutica. Neles são trabalhados: meditação, massoterapia, cone- chinês, yoga, reiki, cromoterapia, biodança, auriculoterapia, rodas de conversas, dança circular, cultos religiosos, Brahma Kumaris, escalda-pés, banho de argila, encontros familiares, Gestalt terapia, psicoterapia, constelação familiar, eneagrama, e outras¹⁸⁶.

De segunda a sexta-feira, as atividades são intercaladas, das 7h30 às 17h30.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Trabalho da ACUDA desperta interesse internacional. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vTXyh9zwdH4>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

¹⁸⁶ GOVERNO DE RONDÔNIA. Ressocialização - Mais de 3 mil presos já foram atendidos pela Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso de Rondônia. Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/mais-de-3-mil-presos-ja-foram-atendidos-pela-associação-cultural-e-de-desenvolvimento-do-apanado-e-egresso-de-rondonia/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

Uma sexta-feira por mês é destinada a uma atividade religiosa. Caso sejam flagrados com drogas, armas, celulares ou cometam alguma agressão física, os apenados são excluídos do projeto. O tempo de permanência no projeto varia desde que o apenado esteja de acordo com a rotina da instituição, e a alimentação servida no projeto é doada pelo Projeto Mesa Brasil, que entrega a comida para preparo no local.¹⁸⁷

Deste modo, o modelo revolucionário praticado pela ONG tornou-se uma referência mundial na reintegração de sentenciados a sociedade. Em 2015, a entidade recebeu uma equipe de documentaristas italianos que foram conhecer o trabalho realizado na ACUDA para apresentá-lo em Roma. O pesquisador Antonio Messias, durante a visita, afirmou a necessidade de levar para o resto do mundo aquilo que Porto Velho/RO está fazendo pela integração, percepção de consciência e transformação das pessoas presas¹⁸⁸.

Em fevereiro de 2016, um grupo de magistrados do TJ-RO acompanhou uma sessão de Constelação Familiar aplicada aos presos na ACUDA. Após a sessão, o Juiz de Direito Arlen José Silva de Souza, à frente da Vara de Execuções Penais há mais de dez anos, afirmou o quão complicado é a situação da segurança pública e por isso ele defende que a técnica precisa ser ampliada, pois, segundo ele, “sem dúvida nenhuma, a terapia traz para o sistema prisional uma possibilidade muito grande de reintegração. Não é possível mais imaginar que as cadeias vão resolver os erros, porque não vão resolver”.¹⁸⁹

A juíza Silvana Freitas, que também presenciou a sessão, afirmou que o Poder Judiciário sempre apoiou a iniciativa e reconhece a sua importância como forma de ressocialização. Ela aponta que “é muito bonito ver isso acontecendo porque não são apenas presos, são seres humanos. Todos têm suas dores e todos precisam de um tratamento. Então o objetivo é tratar o ser humano, devolver um

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Trabalho da ACUDA desperta interesse internacional. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vTXyh9zwdH4>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

¹⁸⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Magistrados acompanham terapia aplicada a presos que frequentam a Acuda. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/noticias/item/5839-video-magistrados-acompanham-terapia-aplicada-a-presos-que-frequentam-a-acuda>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

ser humano melhor para um convívio social; é isso que a Acuda busca”.¹⁹⁰



Figura 9 – fotos de uma sessão de Constelação Familiar realizada na ACUDA.
Fonte: <https://www.tjro.jus.br/noticias/item/5839-video-magistrados-acompanham-terapia-aplicada-a-presos-que-frequentam-a-acuda>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

O presidente da ACUDA, Luiz Carlos Marques, afirma que há uma grande demanda pelas sessões de constelação familiar e seus resultados têm sido positivos. Elas acontecem uma vez por semana e, segundo Marques, a dinâmica sistêmica é “um espaço de reflexão profunda que permite que o próprio preso encontre ferramentas para sair do crime”. Ele ainda defende que “tentar ressocializar os presos sem que eles se compreendam, é inútil como enxugar gelo”¹⁹¹.

Rogério Araújo, diretor geral da ACUDA e egresso do sistema carcerário, relata que após passar pelas terapias como a Constelação Familiar e pelas sessões de terapia e massagem, o preso consegue se colocar no lugar do outro e, aos poucos, desconstruir a formação do crime. Ele defende que “é um processo lento de recuperação, em que o preso passa a valorizar o afeto e a atenção. Muitos não conseguem dar sequer um abraço. Quase sempre há uma questão de abandono e desestrutura familiar”¹⁹².

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” no cárcere: semente para uma Justiça melhor. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor-constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor/>>. Acesso em 24 maio 2020.

¹⁹² Ibidem.

Figura 10 – sessão de massagem realizada por apenados na ACUDA.



Fonte: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor-constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor/>. Acesso em: 24 de maio de 2020.

Na matéria divulgada no Portal Governo do Estado, consta ainda o depoimento de dois participantes do projeto. O reeducando Aldo José, 42 anos, condenado há 16 anos no regime fechado, afirma que a ACUDA é o local onde ele consegue cumprir a pena com mais dignidade. “Aqui a gente tem as atividades para ocupar a mente, não fica só lá trancado pensando besteira, e terei a oportunidade de sair do sistema com a cabeça erguida”¹⁹³.

Do mesmo modo, o reeducando Alzimar Dantas, 34 anos, cozinheiro na ACUDA, condenado há 13 anos no regime fechado e há oito anos envolvido no projeto, o mais antigo dos participantes, afirmou o seguinte:

Já trabalhei na granja, na horta, na estufa, na atividade terapêutica e hoje sou também chefe de pátio. Antes de ser preso, já fui açougueiro e chapeiro. Nunca vendi drogas, nunca roubei, e sempre trabalhei, mas a minha mente era criminoso, porque eu

¹⁹³ GOVERNO DE RONDÔNIA. Ressocialização - Mais de 3 mil presos já foram atendidos pela Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso de Rondônia. Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/mais-de-3-mil-presos-ja-foram-atendidos-pela-associacao-cultural-e-de-desenvolvimento-do-apanado-e-egresso-de-rondonia/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

gostava de matar. Se estivesse na rua, já teria matado mais de 30 pessoas. A prisão e ter conhecido a Acuda foi um livramento. As terapias me ajudaram a mudar. Eu sinto mudança em mim e em muitos colegas aqui. Ontem mesmo passei o dia chorando, pensando em quem eu era, em tudo que fiz de ruim, e quem sou atualmente. Tudo é um processo, e estar aqui faz com que eu perceba essa mudança em mim.¹⁹⁴

Araújo explica que o maior apoio financeiro recebido pela ACUDA se dá por convênio com o Governo do Estado, por meio da Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS); a matéria-prima utilizada pelo projeto, como cola, verniz, selador, linha, barbante e outros materiais, é doada pela Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (VEPEMA); também há o apoio do Conselho da Comunidade, da Vara de Execuções Penais (VEP); do Ministério Público e do grupo de voluntários que aplica as dinâmicas terapêuticas aos envolvidos¹⁹⁵.

A matéria divulgada no site do CNJ traz o depoimento do detento Sérgio, atendido pelo projeto, que relatou:

Foi a primeira vez que consegui falar sobre a grande mágoa que tinha da minha mãe biológica por me ter entregue à minha avó quando eu tinha um ano de idade e nunca mais apareceu. Vivi em um garimpo no interior de Rondônia e, aos 10 anos de idade, fui morar na capital com um padrinho que trabalhava para o tráfico. A minha tarefa, dali em diante, era receber os "clientes" no portão de casa e perguntar se queriam "preto ou branco", ou seja, maconha ou cocaína. Isso foi tudo o que eu aprendi na infância. Às vezes, queria mudar de vida, mas as portas sempre se fechavam e eu continuava no tráfico.¹⁹⁶

Foi durante a sua sessão de constelação que Sérgio se dirigiu à pessoa que representava a sua mãe e conseguiu abraçá-la e dizer sobre a falta que ela sempre lhe fez. Sérgio afirma que “foi a primeira vez na vida que eu fui ouvido e foi muito

¹⁹⁴ GOVERNO DE RONDÔNIA. Ressocialização - Mais de 3 mil presos já foram atendidos pela Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso de Rondônia. Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/mais-de-3-mil-presos-ja-foram-atendidos-pela-associacao-cultural-e-de-desenvolvimento-do-apanado-e-egresso-de-rondonia/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

¹⁹⁵ Ibidem.

¹⁹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” no cárcere: semente para uma Justiça melhor. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor-constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

difícil falar”. Mas agora, ele finalmente faz planos para quando concluir o cumprimento da pena, trabalhar com cerâmica, técnica que aprendeu na ONG, e retomar o contato com seus seis filhos e a esposa. “Minha vida foi só cadeia, não consegui acompanhar o crescimento deles”.¹⁹⁷

Cabe salientar que, de acordo com Marques, “participar do projeto garante ao interno, além de todos os benefícios emocionais, a remição de pena prevista em lei: três dias de trabalho na ONG significam um dia a menos na cadeia”. Isso é mais um estímulo à participação no projeto. Outro fato curioso é que, mesmo após o cumprimento da pena, muitos continuam trabalhando na ONG como voluntários¹⁹⁸.

- **MACAPÁ**

No Estado do Amapá, a Abordagem Sistêmica vem sendo aplicada por meio do projeto “Constelação no Cárcere”, conduzido pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Amapá (NUPEMEC/TJAP), em parceria com o do Instituto de Administração Penitenciária do Amapá (IAPEN).

Em novembro de 2017, foi realizada a primeira oficina de Constelações Familiares, com 15 homens da Penitenciária Masculina. A maioria eram jovens de 18 a 22 anos que estavam no sistema prisional pela primeira vez e sairiam em breve. Após a oficina, foi observada grande mudança no comportamento desses presos, que melhoraram o relacionamento com a família, reconheceram a paternidade de filhos, entre outras situações positivas de soluções de conflitos.¹⁹⁹

A partir desta experiência, foi desenvolvido um projeto que iniciou em 2018, sob a orientação da desembargadora Sueli Pini e com a participação Sônia Ribeiro, instrutora do NUPEMEC, que ficou responsável pelo acompanhamento dos trabalhos que seriam realizados no IAPEN. Inicialmente, o projeto foi desenvolvido para atender mulheres presas, pois entenderam que as mulheres teriam maior

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ INNOVARE FACULDADE. Sueli Pini E Os Projetos De Solução Pacífica De Conflitos No Macapá. Disponível em: <<http://faculdadeinnovare.com.br/sueli-pini-e-os-projetos-de-solucao-pacifica-de-conflitos-no-macapá/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

¹⁹⁹ Ibidem.

sensibilidade para compreender a proposta.²⁰⁰

A direção do Presídio escolheu 20 presidiárias para tornar possível a mensuração dos resultados alcançados durante um ano de acompanhamento, com uma oficina ao mês. A cada oficina de duas horas, era trabalhado um tema, utilizando-se de explanações sobre as Leis da Vida de Hellinger, exercícios sistêmicos e constelações de casos.²⁰¹

Após o encontro, todas as participantes respondiam a um questionário de avaliação, inclusive a psicóloga que atendia as detentas. Participavam dos encontros, como observadores, alguns acadêmicos de psicologia e assistência social, a diretora do presídio feminino, agentes de segurança, educadores e voluntários do NUPEMEC/TJAP.²⁰²

Figura 11 – sessão de constelação em presídio feminino no Estado do Amapá
Fonte: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-no-carcere-chega-a-5-edicao-em-prisao-feminino-no-ap/>. Acesso em: 15 de maio de 2020.



Em Macapá também foi criado o projeto “Treinamento Para Agentes

²⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação no cárcere chega à 5ª edição em prisão feminino no AP. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-no-carcere-chega-a-5-edicao-em-prisao-feminino-no-ap/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰¹ INNOVARE FACULDADE. Sueli Pini E Os Projetos De Solução Pacífica De Conflitos No Macapá. Disponível em: <<http://faculdadeinnovare.com.br/sueli-pini-e-os-projetos-de-solucao-pacifica-de-conflitos-no-macapá/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰² INNOVARE FACULDADE. Sueli Pini E Os Projetos De Solução Pacífica De Conflitos No Macapá. Disponível em: <<http://faculdadeinnovare.com.br/sueli-pini-e-os-projetos-de-solucao-pacifica-de-conflitos-no-macapá/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

Penitenciários” que foi desenvolvido pelo Núcleo de Mediação, Conciliação e Práticas Restaurativas – NUPRE – em parceria com o IAPEN e o Ministério Público do Estado do Amapá, por meio da Promotoria de Execuções Penais. Este segundo projeto era voltado para os agentes e educadores penitenciários do IAPEN, ou seja, os projetos foram realizados de forma paralela.²⁰³

Segundo a promotora de Justiça Socorro Pelaes, coordenadora do projeto no âmbito do MP-AP, “as Leis Sistêmicas mostram que é possível se construir relações baseadas no respeito, sem que se diminua a responsabilidade de arcar com as consequências das decisões tomadas ao longo da vida”.²⁰⁴

Este último projeto foi dividido em 6 módulos. Foram utilizadas as técnicas de constelações, exercícios sistêmicos e constelados casos e situações do seu dia a dia de trabalho. Após cada módulo, os participantes respondiam a um questionário, assim como a educadora do IAPEN que conduziu o módulo. Participaram mais de 30 servidores, entre agentes, educadores, acadêmicos e voluntários.²⁰⁵

A instrutora Sônia Ribeiro defende que a abordagem Sistêmica também auxilia o corpo técnico que faz o trabalho de acompanhamento psicológico e de reeducação com as internas. De acordo com ela, “esses segmentos também vivenciam o conflito do cárcere e, para que se possa buscar soluções para que essa convivência seja mais humanizada, há a necessidade de que todos os profissionais que atuam no sistema passem pela capacitação”.²⁰⁶

Já a desembargadora Sueli Pini, quando questionada sobre o projeto do NUPRE, afirmou que:

²⁰³ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ. MP-AP e IAPEN promovem II módulo da oficina de Constelações Familiares no Sistema Prisional. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-e-iapen-promovem-ii-modulo-da-oficina-de-constelacoes-familiares-no-sistema-prisional>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ. MP-AP e IAPEN promovem II módulo da oficina de Constelações Familiares no Sistema Prisional. Disponível em: <<http://www.mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-e-iapen-promovem-ii-modulo-da-oficina-de-constelacoes-familiares-no-sistema-prisional>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰⁵ INNOVARE FACULDADE. Sueli Pini e os Projetos de Solução Pacífica de Conflitos no Macapá. Disponível em: <<http://faculdadeinnovare.com.br/sueli-pini-e-os-projetos-de-solucao-pacifica-de-conflitos-no-macapá/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação no cárcere chega à 5ª edição em prisão feminino no AP. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-no-carcere-chega-a-5-edicao-em-prisao-feminino-no-ap/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

Nós precisamos imaginar que o agente penitenciário está tão preso quanto o detento que está condenado. O ambiente que eles trabalham é deletério e opressor, então é muito bom que estejamos conseguindo propiciar para eles essas práticas de melhor compreensão de si mesmos e do seu contexto familiar.²⁰⁷

A agente Penitenciária Bruna Maria Souza foi uma das servidoras que participou das oficinas. Ela ressaltou o seguinte:

A Constelação muda a nossa relação com as internas porque passamos a ver mais de perto os problemas delas. Em muitos momentos, elas buscam em nós aconselhamentos e isso nos sensibiliza. É possível observar uma mudança de visão sobre suas próprias responsabilidades, quando elas param de culpar terceiros pelos seus atos e compreendem que são elas próprias as responsáveis.²⁰⁸

A diretora da Penitenciária Feminina, Elisângela Gomes, defendeu que as oficinas foram fundamentais para uma melhoria das relações interpessoais dentro do IAPEN. A mudança de comportamento ocorreu tanto entre as internas como entre elas e o corpo técnico.

As detentas também relatam os benefícios de participar das constelações, como no caso de Gisele Cardoso: “A gente abre mais a mente sobre a relação familiar e sobre o quanto a nossa liberdade é valerosa. Hoje vemos que muitas coisas que fazíamos lá fora, sem pensar, nos trouxeram para cá. A constelação nos traz reflexões para toda a vida”.²⁰⁹

Em 06 de março de 2020, o NUPEMEC/TJAP realizou mais uma edição da Oficina de Constelação Familiar no Cárcere. Sob condução da consteladora Marilise Einsfeldt, auxiliada pela instrutora Sônia Ribeiro e pelo colaborador do NUPEMEC/TJAP, Pedro Paulo da Conceição, a oficina contemplou um público de 31 detentas.²¹⁰

²⁰⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ. op.cit., p. 1.

²⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Constelação no cárcere chega à 5ª edição em prisão feminino no AP. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-no-carcere-chega-a-5-edicao-em-prisao-feminino-no-ap/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ. Justiça do Amapá leva mais uma edição da Oficina de Constelação Familiar no Cárcere ao IAPEN. Disponível em:

Ribeiro destacou que a realização das oficinas entrou no seu terceiro ano consecutivo e que aquela edição especial contou com a participação de nove acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Macapá – FAMA, que colaboraram com a atividade e de Michela da Silva Costa, da Fundação da Criança e do Adolescente (FCRIA), que esteve presente para conhecer e levar a metodologia ao sistema socioeducativo.²¹¹

- **Florianópolis / SC**

Florianópolis é uma das cidades pioneiras na utilização da filosofia hellingeriana na Execução Penal. Inicialmente, a Constelação Familiar foi disponibilizada a um grupo de detentos da Casa do Albergado Irmão Uliano, localizada junto ao Complexo Penitenciário de Florianópolis/SC. A unidade prisional acolhe pessoas que respondem processos por dívida civil – pensão alimentícia – e por delitos relacionados à violência doméstica e acidente de trânsito.²¹²

Os Professores Fabiano Oldoni e Márcia Sarubbi defendem que “em se tratando de conflito na área penal, a não compreensão de suas causas pode agravar ainda mais as relações, pela provável reiteração da conduta ilícita”.²¹³ Desse modo, com intuito de oferecer um caminho diferente aos que ingressam no sistema prisional, eles criaram o projeto denominado “Uso das Constelações Sistêmicas na Casa do Albergado Irmã Uliano”.

O projeto foi idealizado pelo Núcleo de Aplicação Sistêmica do Direito – NDS – e contou com a parceria da Defensoria Pública, da Casa do Albergado Irmão Uliano e do Conselho da Comunidade na Execução Penal. Oldoni e Lippmann, considerando as características dos reclusos da Casa do Albergado Irmão Uliano, cujos conflitos, de regra, envolvem questões familiares, concluíram que a

<<https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/10257-justi%C3%A7a-do-amap%C3%A1-leva-mais-uma-edi%C3%A7%C3%A3o-da-oficina-de-constela%C3%A7%C3%A3o-familiar-no-c%C3%A1rcere-ao-iapen.html>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

²¹¹ Ibidem.

²¹² OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Editora Manuscritos, 2018. p.77.

²¹³ PRÊMIO INNOVARE. Constelações Sistêmicas na Execução Penal - Metodologia para sua implementação. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/pratica/6113/print>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

Abordagem Sistêmica seria um método eficaz na busca pela socialização e na compreensão dos emaranhamentos do Sistema Familiar que levaram os detentos a praticarem delitos.²¹⁴

Na elaboração da pesquisa, seus idealizadores seguiram uma metodologia, partindo das seguintes hipóteses: o vício é um dos fatores que levam à prática dos delitos? O vício é motivado pela ausência da figura paterna do detento? Ao tratar a origem sistêmica do vício, que conduzia à prática do delito, poderíamos incidir na redução da reincidência?²¹⁵

Após aprovação do projeto pela Vara de Execuções Penais de Florianópolis, ele foi iniciado em setembro de 2017, com público composto por homens com algum tipo de vício e preferencialmente reincidentes. No primeiro encontro, houve a apresentação das técnicas aos agentes prisionais da unidade com a realização de dinâmicas coletivas e explicação da finalidade do trabalho que seria realizado juntos aos detentos. Oldoni e Lippmann alertam sobre a importância do apoio da direção e dos demais profissionais que trabalhavam na unidade prisional.²¹⁶

Segundo os autores, iniciar os trabalhos sem apresentar a abordagem sistêmica aos profissionais responsáveis pela escolha dos internos que participariam do projeto e sem conhecer o ambiente do local, poderia gerar dificuldades intransponíveis ao desenvolvimento do projeto e comprometer seus resultados.²¹⁷

Na sequência, começaram os atendimentos individuais aos detentos, os quais eram escolhidos pela gerência da casa. Foram atendidos 73 detentos, com idades entre 23 a 65 anos.²¹⁸

Quando questionados sobre o método de atendimento utilizado no projeto,

²¹⁴ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Editora Manuscritos, 2018. p.22 e 79.

²¹⁵ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. O “Pensamento Mágico” e o Direito Penal: por um Direito Penal Sistêmico e Restaurativo. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistemico-e-restaurativo>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

²¹⁶ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Editora Manuscritos, 2018. p. 80, 60 e 61.

²¹⁷ Ibidem.

²¹⁸ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. O “Pensamento Mágico” e o Direito Penal: por um Direito Penal Sistêmico e Restaurativo. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistemico-e-restaurativo>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

Oldoni e Lippmann afirmaram terem utilizado o denominado “restaurativo sistêmico”, que integra preceitos oriundos da Justiça Restaurativa e da prática sistêmica ao mesmo tempo.²¹⁹ Ao explicar como esse método funciona, eles descreveram:

De forma objetiva podemos dizer que o atendimento restaurativo sistêmico inicia com a Acolhida do Preso, sempre de forma empática e respeitando as Ordens da Ajuda de Bert Hellinger; passa-se, então, à segunda etapa na qual é realizada a Escuta Ativa Restaurativa Sistêmica, guiada pelas Perguntas Restaurativas Sistêmicas, conduzindo o preso à tomada de consciência sobre seus vínculos e padrões intergeracionais, assim como a dinâmica simbiótica entre vítima-agressor; na terceira etapa, utilizando os recursos sistêmicos, mas sem perder o foco na abordagem restaurativa, são realizados movimentos de liberação dos laços e emaranhamentos do preso, sempre que possível; por fim, o atendimento encerra com uma espécie de *checklist* daquilo que foi trabalhado e o comprometimento do preso em fazer diferente, sempre após a tomada de consciência e responsabilização do mesmo.²²⁰

As sessões de Constelações eram realizadas de forma individual, com o uso de bonecos. Os autores preferiram trabalhar com essa modalidade de constelação por entenderem ser a mais segura para utilização em ambientes prisionais, com vistas a não submeter os indivíduos encarcerados a exposições desnecessárias, bem como não causar desequilíbrio ao sistema prisional.²²¹

Os atendimentos ocorriam quinzenalmente, sendo que 2 ou 3 detentos eram trabalhados em cada encontro. Cada sessão durava de 40 minutos a 2 horas. O tempo do encontro dependia da entrega do constelando. As dinâmicas ocorriam em local reservado e bastante humanizado. E foi acordado que os detentos deveriam ir até o local sem algemas e sem qualquer tipo de vigilância, que pudesse de algum modo, constrangê-los”.²²²

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. O “Pensamento Mágico” e o Direito Penal: por um Direito Penal Sistêmico e Restaurativo. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistemico-e-restaurativo>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

²²¹ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação. Manuscritos Editora, 2018, p.30.

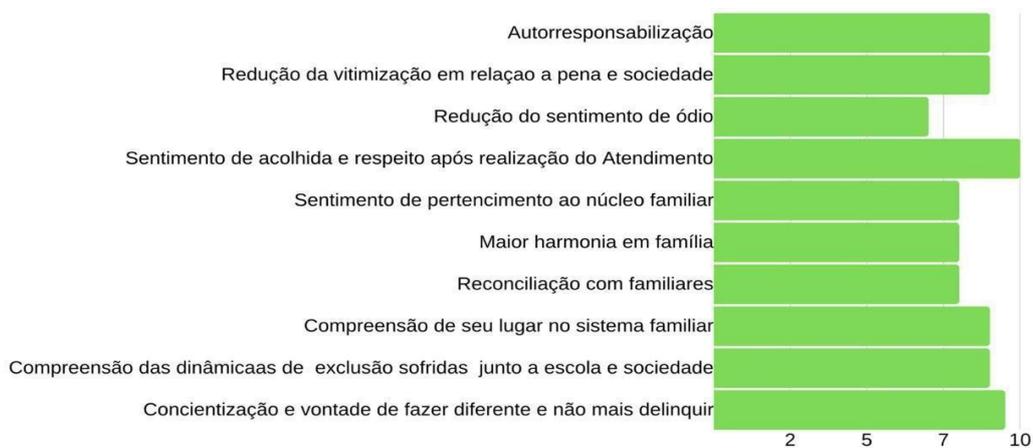
²²² OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. op.cit., p. 79.

Para mensurar os resultados alcançados com a aplicação das dinâmicas, Oldoni e Lippmann, após 30 dias do atendimento, conversavam com a equipe da unidade para saberem se houve mudanças no comportamento do interno e realizavam uma conversa com o detento constelado para que ele relatasse suas percepções.²²³

De modo geral, a maioria dos participantes relatou sentir menos ódio, se sentir mais acolhido depois dos atendimentos, ter se reconciliado com familiares, compreender quais os motivos ocultos os levaram àquela situação, entre outros benefícios, conforme demonstrado no gráfico abaixo.²²⁴

Figura 12 – Benefícios relatados pelos detentos da Casa do Albergado Irmão Uliano

Principais benefícios relatados pelos Presos



Fonte: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistêmico-e-restaurativo>. Acesso em 24 de abril de 2020.

Com relação à reincidência, os resultados do projeto são surpreendentes. No artigo publicado no site emporiiodireito.com.br, em 21 de novembro de 2019, de

²²³ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. op.cit., p. 85.

²²⁴ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. O “Pensamento Mágico” e o Direito Penal: por um Direito Penal Sistêmico e Restaurativo. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistêmico-e-restaurativo>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

acordo com Oldoni e Lippmann:

[...] nenhum dos presos que se submeteram ao Atendimento Restaurativo sistêmico voltaram a ser presos, o que nos daria um percentual de 100% de não reincidência, todavia como não é possível monitorar 100% dos atendimentos, são dados que ainda precisam mais tempo e estudo por parte da equipe.²²⁵

Destaca-se que o livro *Constelações Sistêmicas na Execução Penal: Metodologia para sua implementação*, escrito por Oldoni e Lippmann, é fruto do projeto e traz, entre outras informações, relatos de 11 atendimentos realizados junto aos internos na Casa de Albergado Irmão Uliano. Os autores afirmam que “o principal objetivo do livro é mostrar à sociedade que é possível e necessário olharmos de forma compassiva e sem julgamento para aqueles que se encontram privados de sua liberdade nas unidades prisionais”.²²⁶

Após leitura do livro citado, notou-se que, ao final de cada sessão, a maioria dos detentos relatou se sentir aliviados, leves, agradecidos e interessados em um novo atendimento. Salienta-se que, ao expor os resultados do projeto, seus condutores disseram poder resumi-lo em uma frase: **“os conflitos que levam ao cárcere nascem de padrões ocultos de comportamentos existentes no sistema familiar do indivíduo”**.²²⁷ (grifo nosso)

Destaca-se ainda que, em 13 de março de 2020, no Escritório Modelo de Advocacia, localizado no Fórum Universitário de Itajaí/SC, Fabiano Oldoni concedeu entrevista à aluna do 10º semestre do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), Ingrid Castro Brandão, uma das autoras dessa monografia, que tinha como objetivo esclarecer dúvidas que surgiram durante a leitura do livro. Na ocasião, vários questionamentos foram levantados e seus esclarecimentos ajudaram na produção dessa pesquisa.

Passa-se a seguir à descrição de trechos da entrevista, em que Oldoni faz orientações importantes que deverão ser observadas no uso da prática sistêmica em qualquer unidade prisional e que não foram levantados no decorrer deste

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. *Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação*. Manuscritos Editora, 2018. Contracapa.

²²⁷ OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. *Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação*. Manuscritos Editora, 2018, p. 10.

estudo (a entrevista completa está anexa).

Sobre a preferência em trabalhar com a modalidade de Constelação com Âncoras no ambiente prisional, Oldoni expôs o seguinte:

Na constelação em grupo pode surgir uma situação que nós não temos o controle como, por exemplo, se surge um estupro praticado por um dos detentos? Ou um crime violento praticado por um dos detentos com relação à esposa ou filha? Como que isso vai ser interpretado pelos demais detentos? Deste modo, ele correria um risco de morte dentro do presídio, em relação a essas informações que são ocultas, mas que aparecem na constelação. Quando a gente fez a Constelação Individual, muitas informações do preso aparecem e se ele estivesse em uma constelação em grupo, estas o colocariam em uma situação de muita vulnerabilidade. Então eu acho muito mais seguro para o detento fazer a constelação individual, para que ele não se exponha para os demais membros do sistema prisional, para os agentes, caso estejam presentes, mas principalmente para os demais presos.

Sobre o fato de, na sessão de Constelação em Grupo, todos os presentes, de alguma forma, se beneficiarem com a dinâmica e, de modo diverso, na Constelação Individual apenas o constelado se beneficiar, Oldoni respondeu:

Em ambas modalidades temos o lado positivo e o negativo. Agora tu tens que ver o que é mais importante; onde a balança vai pesar mais. E se numa situação tu faz dez intervenções de grupo, todas elas acontecem de forma tranquila, mas em uma intervenção ocorre problema, e agora? O que eu faço com esse detento que surgiu uma situação? É complicado. O constelador deve ter um cuidado muito grande, o que a gente fez no livro foi chamar a atenção para o perigo que existe. Porque não dá para você chegar ao sistema prisional e ficar fazendo constelação como se fosse aqui fora. Existe um sistema lá dentro que você tem que saber como funciona e a maioria dos consteladores não sabe; eles acham que chegando lá vão fazer a constelação, o campo dá conta e se resolve tudo. E não é assim! Eles saem de lá e o sistema informal continua lá dentro, atuando. Agora, se o grupo tem segurança, se o constelador tem segurança de até mesmo não deixar que isso venha à tona ou, se vier, não deixar isso aparentar... se o constelador consegue ter esse controle, beleza, faz em grupo. Agora, ele tem que ter a ciência que de algumas coisas ele vai ter que filtrar para não dar errado.

Sobre a importância da participação dos servidores do sistema penitenciário na condução do projeto, compreendendo e se comprometendo com a

proposta, foi questionado se é indicada a capacitação dos servidores sobre a Abordagem Sistêmica e Oldoni respondeu:

Olha, seria o ideal! Não precisa colocar eles para fazer um curso de constelação, mas é preciso que eles façam os movimentos; que eles entendam o que está acontecendo ali dentro, para que eles possam, de alguma forma, agir sistemicamente, dentro do possível. Porque muitas das violências vêm dos agentes prisionais. Alguns são muito violentos. Se eles começassem a observar essa questão da violência, que eles também são causadores de violência lá dentro, a gente consegue dar uma equilibrada. A gente foi fazer um atendimento em um presídio feminino aqui e simplesmente chegando lá, ao abordar uma presa, perguntei: “porque de você está aqui?” E ela simplesmente respondeu “não sei, falaram lá que eu deveria estar aqui”. Então questionei se ela queria estar lá e a resposta foi “nem sei o que é”. Aí não tinha como fazer um trabalho ali, a gente a liberou e assim foi com várias detentas. Deste modo, enceramos o trabalho naquela unidade, porque não havia comprometimento da direção. Simplesmente estavam querendo, mas nem sabiam o que era. Foi explicado para a direção, mas eles não abriram para explicar para os demais agentes. E aí a Direção pegava alguém aleatoriamente e mandava para fazer a constelação, a dinâmica não tinha sentido para aquelas pessoas.

Sobre a capacitação dos servidores do presídio, foi questionado sobre como esta deveria ocorrer. Oldoni entende o seguinte:

Participar da exposição sobre do que se trata o projeto tem que ser obrigatório para todos os servidores, porque eles não vão querer ir. Mas não precisa fazer constelação com eles. Somente deve trazer eles para essa visão. Explicando o trabalho que vai ser feito. É assim: o que é a Abordagem sistêmica; o sistêmico olha a violência a partir disso; a gente vai trabalhar com as constelações e as constelações têm essas propostas; vocês verificaram que vai ter um grupo e um constelador. Tudo isso para eles entenderem o que é. Eles não podem simplesmente chegar e se perguntarem “o que está acontecendo aqui?” Isso não mantém o sistema equilibrado. A gente tem que entender que estamos entrando no sistema deles. Ali é o sistema deles. A gente tem que pedir primeiramente permissão para eles, eles têm que permitir que a gente entre lá. Senão a gente entra no sistema prisional sem que os presos queiram; sem que os agentes queiram e aí você ainda quer revolucionar o sistema prisional? Não vai conseguir. Então eles têm que entender; tem que permitir energeticamente que entrem e aí o trabalho desenvolve. É nesse sentido que achamos que tem que estar bem conversado com a equipe. É que nem

trabalhar em escola, você tem que primeiro trabalhar o professor e depois o aluno. Porque o professor é o mais doente da relação de ensino, de aprendizado.

Sobre o pós-Constelação, foi questionado se era indicado um acompanhamento do interno. Oldoni foi incisivo quando a isso, afirmando ser necessário o acompanhamento:

Tem que ter um *feedback*. Tem que ter um olhar; um pós-constelação com psicólogo, com assistente social, porque qualquer sinal de alteração ali tem que vir uma intervenção. São remexidas questões muito profundas e, às vezes, o detento não tem estrutura para suportar aquilo. A gente não pode fazer um movimento, mexer e sair, então tem que ter um pós. Quando se trabalha com esses sistemas que são fechados ou em instituições assim, o ideal é ter um psicólogo que faça um acompanhamento, mesmo que à distância... fazer uma entrevista depois, ver como está. No projeto, a gente fazia este *feedback* para ver como eles estavam, e aí, se houvesse alguma diferença, alguma modificação, solicitava o acompanhamento do psicólogo.

Com relação ao fim do projeto, quando questionado porque ele não continuou, Oldoni respondeu que “a mudança do Juiz da Vara de Execução Penal mudou o coordenador e perderam a verba. Falta interesse e sobra burocracia”. Mas salientou que foi importante naquele momento, porque dali surgiram projetos em outras unidades, tanto em Itajaí como em Florianópolis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões acerca do trabalho realizado são inúmeras, dentre elas podemos destacar reflexões sobre a visão da sociedade, do Estado e do próprio apenado. Trata-se de um país em que a visão quanto ao cumprimento da pena ainda é extremamente restrita e a ressocialização é tida como objetivo inalcançável.

Acreditamos que a pena por si só não é capaz de ressocializar. Isso posto, este trabalho buscou, após muitas pesquisas, apresentar uma abordagem que pode auxiliar ao longo de todo o processo da ressocialização e da não reincidência.

Conforme já foi falado, um dos principais objetivos da LEP é a reintegração

social do condenado ou do internado. O Estado almeja reeducá-los para que, após o cumprimento da pena, eles voltem a conviver em sociedade de forma pacífica e respeitando as normas legais.

Entretanto, a realidade é bem diferente. A ressocialização não é alcançada por diversos motivos, entre eles: falta de capacitação dos servidores sobre o olhar da ressocialização; superlotação das cadeias que levam os presos, na maioria dos casos, a cumprirem sua pena em condições desumanas; falta de conscientização dos reclusos sobre a origem dos seus comportamentos ruins; entre vários outros.

Diante dos cinco projetos aqui apresentados, nota-se que eles foram positivos; seus resultados apontam para perspectivas promissoras quanto à não reincidência e uma melhora no convívio social dos condenados que participaram do projeto. Assim, resta demonstrado que a filosofia hellingeriana trata-se de uma ferramenta valiosíssima que pode auxiliar o Poder Judiciário a alcançar a pacificação social e evitar a reincidência.

Vale destacar que a análise dos resultados dos projetos se apresentou incompleta, uma vez que ainda não existe um banco de dados com o nome dos participantes dos projetos para que este possa ser acompanhado quanto à efetiva não reincidência. Mesmo assim, ficou evidente a rica contribuição do uso das Constelações Familiares no âmbito criminal, já que a Abordagem tem o poder de trazer benefícios em qualquer tipo de litígio, pois a abordagem revela as causas mais profundas dos conflitos interpessoais que o ser possui em seu inconsciente, ajudando-o a romper definitivamente com ciclos de repetições de comportamentos negativos, superando traumas e mudando tais comportamentos.

Além disso, o uso do Direito Sistêmico no âmbito da Execução Penal pode também influenciar significativamente na vida de todos que integram o sistema penitenciário, em especial na vida dos internos. Já que a abordagem é capaz de melhorar o convívio entre eles, o convívio com os servidores da unidade prisional, bem como o convívio com seus familiares e com a sociedade como um todo.

Outro ponto levantado na pesquisa, e que merece destaque, é a dificuldade de se implementar projetos dessa espécie em unidades prisionais, mesmo que tais projetos visem o auxílio a todos que de alguma forma fazem parte do sistema. Tais dificuldades têm causas diversas, sendo as mais citadas: a burocracia envolvida

para autorizar o projeto, a falta de interesse estatal em buscar meios alternativos para melhorar a situação carcerária brasileira, falta de visão humanizada da massa carcerária, do Estado e dos próprios servidores que lá trabalham e o reconhecimento de que a pena por si só não ressocializa ninguém.

Outrossim, destaca-se que, apesar da utilização da Abordagem Sistêmica na esfera Criminal ter amparo legal na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, não há diretrizes específicas para sua aplicação, ficando, portanto, a cargo de cada juízo das Varas de Execução Penal decidir como, quando e onde o Direito Sistêmico será disponibilizado aos réus ou reclusos. Assim, este trabalho reconhece a necessidade da edição, pelo CNJ, de uma Recomendação que defina como deve ser estabelecida e quais serão os critérios para que a abordagem Sistêmica fenomenológica seja aplicada na fase de execução da pena, exatamente como ocorreu na edição da Recomendação nº 44/2013, que regulamentou a remição de pena pela leitura.

É notável que o Direito Sistêmico se trata de uma abordagem humanizada e inovadora. A ampliação e a importância da sua matéria se comprovam pela edição do Projeto de Lei 9.444/2017 em trâmite na Câmara dos Deputados, que propõe o reconhecimento, junto ao Poder Legislativo, da Abordagem Sistêmica como um instrumento de mediação.

A aprovação do projeto tornará mais fácil a ampliação do uso da filosofia hellingeriana em todas as esferas do Direito. Contudo, ele foi escrito em 2017 e tinha como foco na época o uso da Abordagem na área cível. Mas, de lá para cá, muitos outros ramos do Direito passaram a utilizá-la como meio de resolução de conflitos. Assim, é fundamental que o projeto seja atualizado para abarcar, na área Criminal, a Execução da Pena no reconhecimento da Abordagem como uma ferramenta de ressocialização dos condenados.

Tendo em vista que a utilização do Direito Sistêmico na Execução Penal ainda está em ascensão, verificamos existir ainda um longo caminho a ser percorrido. Isso posto, acreditamos ser essencial a utilização da Abordagem Sistêmica pelas demais Varas de Execução Penal do país, pois assim teremos a possibilidade de alcançar melhores resultados quanto a não reincidência e à tão sonhada ressocialização.

Por fim, apresentaremos o presente estudo à juíza das Execuções Penais do Distrito Federal para que, caso julgue oportuno, iniciem as tratativas para que haja um projeto, a fim de utilizar as abordagens do Direito Sistemico na Execução Penal do Distrito Federal.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, 284 p. ISBN 84-730-8041-8 (p. 139, 140)

BADALOTTI, Damaris. **Direito sistêmico: contribuições para o exercício da advocacia**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/direito-sistemico-contribuicoes-para-o-exercicio-da-advocacia/#_ftnref9>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou Controle Social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. Disponível em: <<http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Ressocializacao%20ou%20controle%20social.pdf>> Acesso em: 10 de abril de 2020

BBC BRASIL. **Constelação familiar**: técnica terapêutica é usada na Justiça para facilitar acordos e „propagar cultura de paz“. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43204514>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BUENO, Amilton Bueno de Carvalho. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 304 p. ISBN: 8573873787.

BUENO, Paulo Amador Thomaz Alvas da Cunha. **Notícia histórica do Direito Penal Brasileiro**. In: Eduardo Carlos Bianca Bittar. (Org.). História do Direito Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. -.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal**. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>> Acesso em: 11 de abril de 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Curso sobre Constelação Familiar termina nesta quarta (28) no CJF**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/novembro/curso-sobre-constelacao-familiar-termina-nesta-quarta-28-no-cjf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **“Constelação Familiar” no cárcere: semente para uma Justiça melhor**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor-constelacao-familiar-no-carcere-semente-para-uma-justica-melhor/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Constelação familiar no firmamento da justiça em 16 estados e no DF.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça alagoana aplica técnica da constelação familiar em audiências.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81831-justica-alagoana-aplica-tecnica-daconstelacao-familiar-em-audiencias>>. Acesso em 09 de março de 2020.

DEPEN atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>> Acesso em: 20 de março de 2020.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Um filósofo em missão junto aos presos.** Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/diretodaredacao/2016/01/29/um-filosofo-em-missao-junto-aos-presos/>>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal.** 1999. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal/2>> Acesso em: 14 de maio de 2020.

EMPÓRIO DO DIREITO. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/workshop-direito-sistematico-com-o-juiz-de-direito-sami-storch-dia-19-de-junho-de-2015-em-curitiba-participe>>. Acesso em 05 de janeiro de 2020.

FALCONI, Romeu. **Sistema presidencial: reinserção social?** São Paulo: Ícone, 1998. 271 p. ISBN 85-274-0510-5 (p. 133, 122).

FLICK, Marlon Nogueira. **Penas restritivas de direito como condicionante para diminuição carcerária no Brasil.** 2006. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/23/2523>>. Acesso em: 14 de maio de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAYA, Marlene Corrêa. **Ressocialização do indivíduo junto à sociedade após o cumprimento da pena.** Monografia. Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí, 1993, p. 18-20

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como**

limite ao discurso punitivo. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
Acesso em: 10 de abril de 2020.

GUEDES, Olinda. **Além do Aparente: um livro sobre constelações familiares.** 1. ed. Curitiba, 2015.

GOVERNO DE RONDÔNIA. **Ressocialização - Mais de 3 mil presos já foram atendidos pela Associação Cultural e de Desenvolvimento do Apenado e Egresso de Rondônia.** Disponível em: <<http://www.rondonia.ro.gov.br/mais-de-3-mil-presos-ja-foram-atendidos-pela-associacao-cultural-e-de-desenvolvimento-do-apanado-e-egresso-de-rondonia/>>. Acesso em 24 de maio de 2020.

HELLINGER, Bert. **No centro sentimos leveza: conferências e histórias.** Tradução Newton de Araújo Queiroz. 2ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares.** 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. HÖVEL, Gabriele ten. **Constelações Familiares: o reconhecimento das ordens do amor.** São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

HELLINGER@SCHULE. **Constelação Familiar Hellinger.** Disponível em: <<https://www.hellinger.com/pt/pagina/constelacao-familiar/>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2019.

HELLINGER, Bert; WEBER, Gunthard; BEAUMONT, Hunter. **A simetria oculta do amor.** Editora Cultrix, São Paulo, 2002.

INNOVARE FACULDADE. Sueli Pini **E Os Projetos De Solução Pacífica De Conflitos No Macapá.** Disponível em: <<http://faculdadeinnovare.com.br/sueli-pini-e-os-projetos-de-solucao-pacifica-de-conflitos-no-macapa/>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

IPÊ ROXO- Instituto de Constelação Familiar. **As 3 Leis Naturais da Vida trazidas por Hellinger e que são a base das Constelações Familiares.** Disponível em: <<https://iperoxo.com/2016/12/13/as-3-leis-naturais-da-vida-trazidas-por-hellinger-e-que-sao-a-base-das-constelacoes-familiares/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

IPÊ ROXO - Instituto de Constelação Familiar. **Constelação Familiar de Bert Hellinger - Um novo olhar para problemas antigos.** Disponível em: <<https://iperoxo.com/2018/constelacao-sistemica-e-familiar/>>. Acesso em: 31 de novembro de 2019.

IPÊ ROXO - Instituto de Constelação Familiar. **O que é a Constelação Familiar e como ela funciona?** Disponível em: <<https://iperoxo.com/2018/07/17/o-que-e-constelacao-familiar-e-como-ela-funciona/>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2019.
Disponível em:
<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTlZlZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em: 20 de março de 2020.

LIPPMANN, Márcia Sarubbi e OLDONI, Fabiano. **Direito Penal Sistêmico - A Aplicação da Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito Penal.** Publicado em:
<<https://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-sistemico-a-aplicacao-das-leis-sistemicas-de-bert-hellinger-ao-direito-penal-1508161307>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ. **MP-AP e IAPEN promovem II módulo da oficina de Constelações Familiares no Sistema Prisional.** Disponível em:<<http://www.mpap.mp.br/noticias/gerais/mp-ap-e-iapen-promovem-ii-modulo-da-oficina-de-constelacoes-familiares-no-sistema-prisional>>. Acesso em 15 de maio de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7- 1987.** São Paulo: Atlas, 1997, 1021p. ISBN 85-224-8814-8 (p.28, 33, 69)

MONTEIRO, Brenda Camila de Souza. **A lei de execução penal e o seu caráter ressocializador.** 2016. Disponível em:
<<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/a-lei-de-execucao-penal-e-o-seu-carater-ressocializador/>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal.** São Paulo: Saraiva, 1996, 409 p. ISBN 85-020-1711-x (p. 4, 5, 33, 70)

OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Constelação Sistêmica na Execução Penal: metodologia para sua implementação.** Manuscritos Editora, 2018.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal.** 2ª.ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2017.

OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal.** 2ª. ed. Manuscritos Editora, 2018.

OLDONI, Fabiano e LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **O “Pensamento Mágico” e o Direito Penal: por um Direito Penal Sistêmico e Restaurativo.** Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pensamento-magico-e-o-direito-penal-por-um-direito-penal-sistêmico-e-restaurativo>>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

PORTAL METRÓPOLES. Brasil recebe 1º Congresso Internacional sobre constelações familiares. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/brasil-recebe-1o-congresso-internacional-sobre-constelacoes-familiares>>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

PRÊMIO INNOVARE. Constelações Sistêmicas na Execução Penal - Metodologia para sua implementação. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/pratica/6113/print>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

RIBEIRO, Isac Baliza Rocha. **Ressocialização de presos no Brasil: Uma crítica ao modelo de punição versus ressocialização.** 2013. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39368.pdf>> Acesso em: 14 de maio de 2020.

ROSA, Amilton Plácido da. Jornal Carta Forense - Direito Sistêmico e Constelação Familiar. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sistêmico-e-constelacao-familiar/16914>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2020

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 484 p. ISBN 85.203.1272-1 (p. 54)

SANTIAGO, Emerson. Código de Hamurabi. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia/codigo-de-hamurabi/>> Acesso em: 11 de abril de 2020.

SILVA, Milena Patrícia da. **DIREITO SISTÊMICO E JUSTIÇA CRIMINAL: a constelação familiar como instrumento na resolução de conflitos na área penal.** Curitiba: Juruá, 2019. 152p. ISBN 85-362-89-33-5

SCHNEIDER, Jakob Robert. **A prática das Constelações Familiares. Bases e Procedimentos.** Ed. Atman, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 476 p. ISBN 85-203-2266-2

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário.** In *Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas* – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015. Disponível

em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>>. Acesso em: 18 de março de 2020.

STORCH, Sami. **O direito sistêmico**. Disponível em:<<https://direitosistemico.wordpress.com/>>. Acesso em: 02 de abril de 2020

Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa>> Acesso em: 20 de março de 2020.

TEIXEIRA, Rodrigo Alves. **O Sistema Prisional e a Lei De Execuções Penais como Instrumento de Ressocialização**. Monografia. Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, 2009, p. 27-44

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO. **Constelação muda vidas de mulheres agredidas**. 2017. Disponível em:<<http://www.tjmt.jus.br/noticias/48520#.WVK5coWcEz3>>. Acesso em: 20 de março de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. TJDFT começa a usar constelações familiares na resolução de conflitos. Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/noticias/308535450/tjdft-comeca-a-usar-constelacoes-familiares-na-resolucao-de-conflitos>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Entrevista do Juiz Sami Storch para TRT-SC sobre Constelação Familiar. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/confira-entrevista-do-juiz-sami-storch-para-trt-sc-sobre-constelacao-familiar/>. Acesso em 05 de abril de 2020.

TOFFOLI, Dias. **Seminário Internacional Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo**: questões estruturais e mudanças necessárias - Toffoli defende conhecimento para debater crise prisional. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/toffoli-defende-conhecimento-cientifico-para-debater-crise-prisional/>> Acesso em: 10 de abril de 2020.

VIEIRA, Adhara Campos. **A constelação sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

**Clique para voltar
ao Sumário**



O CERCEAMENTO DE DEFESA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS FRENTE AO DIREITO DE AÇÃO FACE A AUSÊNCIA DE ADVOGADO

**Joyce de Oliveira Cecílio Rodrigues e Pablo Samora Bonifácio Medeiros
(Orientadora: Profa. Me. Paloma Neves do Nascimento)**

RESUMO: A presente pesquisa questiona se a lei dos juizados especiais cíveis causa cerceamento de defesa no âmbito do processo realizado naqueles tribunais. Para isto, analisa-se os princípios regentes do processo civil, bem como, os que são corolário daquela norma, feito isto, analisar-se-á a necessidade do patrono no curso do procedimento que transcorre nos juizados especiais, em seguida, questionar-se-á se há amparo Estatal ao hipossuficiente jurídico no processo especial cível. Então, para finalizar, debate-se a nova lei que possibilita a utilização de videoconferência nas audiências conciliatórias realizadas nos tribunais especiais. De posse de todas estas premissas, os autores posicionar-se-ão segundo as deduções apreendidas no decurso do trabalho.

ABSTRACT: This research questions whether the law of special civil courts causes a restriction of defense within the scope of the process carried out in those courts. For this, the governing principles of civil procedure are analyzed, as well as those that are a corollary of that rule, this done, the need for the patron will be analyzed in the course of the procedure that takes place in the special courts, then, whether there is State support for legal under-sufficiency in special civil proceedings. Then, to conclude, the new law is discussed, which makes it possible to use videoconferencing in conciliatory hearings held in special courts. With all these premises in place, the authors will position themselves according to the deductions learned during the work.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial trazer a discussão um assunto ainda não superado, qual seja, o cerceamento de defesa no âmbito dos juizados especiais, em especial face a ausência do patrono na ação.

É certo que, a obtenção de uma providência jurisdicional efetiva em um processo justo, é o foco da justiça, mas até que ponto um cidadão conseguir ter este processo equitativo sem o auxílio de um advogado habilitado e com os conhecimentos necessários para uma demanda judicial.

A garantia desse acesso à justiça trouxe a instituição de programas de

assistência judiciária para muitas pessoas que não podiam custear os serviços de um advogado e isto foi um grande avanço.

Iremos abordar no trabalho inicialmente os princípios fundamentais à Lei 9.099/90 e para que essa análise seja mais a fundo, faremos uma síntese dos princípios constitucionais e do processo civil que norteiam e delineiam as atividades dos Juizados Especiais Cíveis.

Os princípios são o cerne do Direito, tudo nasce deles, não há como trabalhar nem refletir juridicamente sem os princípios e neste caso específico os princípios processuais são a estrutura básica de todo o processo sendo assim, não há como deixá-los em segundo plano, pelo contrário, é preciso dar um valor mais significativo aos princípios para uma melhor compreensão de nossa estrutura processual.

No segundo capítulo, será abordada a forma de criação dos Juizados Especiais, seu surgimento, a justificativa e o porquê foram criados, bem como o embasamento e a necessidade deste.

Iremos trazer a problemática que acelerar a justiça e simplificar demais, sem o devido respaldo, pode gerar na vida das partes diversas consequências, jurídicas e até emocionais.

Mais adiante destacaremos seus princípios próprios e inerentes, tais quais os princípios da oralidade, simplicidade, economia processual e celeridade, previstos no art. 2º da Lei n.º 9.099/95 e indispensáveis para a sua real efetivação.

Já no terceiro capítulo, será o enfoque na real problemática, a previsão que a Constituição Federal faz em art. 133, preconizando que o advogado é indispensável à administração da justiça, que comporta “exceções”.

Tem-se que os Juizados Especiais surgiram com o desígnio de atender a questão de acesso à jurisdição, de forma rápida, fácil e eficaz, sem as barreiras do processo comum, mas acarretaram novas problemáticas que até então não foram sanadas e estão sendo, de certa forma, ignoradas pelo Judiciário.

Desta forma, iremos debater o papel desempenhado pelos Juizados Especiais para a consolidação do acesso à justiça e de que maneira a disposição processual pode influenciar neste sentido.

Explicaremos um pouco da fase postulatória, essencial para assegurar o

direito de ação, iniciado na secretaria dos juizados, bem como a fase instrutória e recursal.

A limitação apresentada na fase recursal, uma surpresa para a parte, já que não há só a necessidade de recolhimento de custas, como a essencial necessidade de ser representado por um advogado.

Há também a sugestão de novas abordagens para as partes nos juizados, os limites que a Defensoria possui, que em grande parte são desconhecidos dos cidadãos, que chegam ao tribunal com o intuito de obter esse auxílio e são surpreendidos com alguns pré-requisitos para que sejam assistidos.

Também é pertinente como a questão desta falta de ausência de um patrono poderia ser de certa forma “solucionada”, abordando alguns aspectos importantes

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO PROCESSO CIVIL

Os princípios constitucionais e do processo civil norteiam e delineiam a atividade dos juizados especiais, são fontes basilares para que nos Juizados Especiais sejam seguidos os ritos dentro da legalidade, devido processo legal e outros princípios que garantem um acesso justo e coerente.

Antes de adentrarmos aos princípios propriamente ditos, é importante entendermos inicialmente o que são princípios. Estes podem ser entendidos literalmente como “o início de tudo”, a origem, um ponto de partida, mas para o Direito, temos o princípio como norma jurídica, que é o assunto pertinente ao nosso tema. Os princípios têm a finalidade de trazer organização ao sistema para que sejam atingidos os fins desejados.

São normas jurídicas, mas que de certa forma tem hierarquia superior as demais. Podem estar positivados (escritos) e podem ter sua forma deduzida. Eles estruturam todo um conhecimento jurídico.

Estes princípios que servem de alicerce, norteiam a aplicação do ordenamento jurídico vigente, ou até mesmo a elaboração das novas normas.

1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Devido Processo legal é um princípio constitucional, previsto no artigo 5º,

LIV, cujo conceito aduz que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim, traz a garantia que uma pessoa não irá ser processada, julgada ou sentenciada sem que haja um processo regular para assegurar seus direitos.

É um princípio basilar que se compõe de garantias constitucionais que asseveram às partes o exercício de seus direitos e poderes processuais, e que são indispensáveis para que seja assegurado o exercício de jurisdição.

Não há como um processo percorrer seu curso natural e de forma imparcial sem o princípio do devido processo legal, por isso é considerado um direito fundamental. Ele traz sustento aos demais princípios, conforme elucida Nelson Nery Júnior, “O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*”. (NERY JÚNIOR, 2006, p. 60).

Segundo o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (Theodoro Júnior, 2017, p.47):

Jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis. O direito à jurisdição é, também, o direito ao processo como meio indispensável à realização da Justiça.

A Constituição, por isso, assegura aos cidadãos o direito ao processo como uma das garantias individuais (art. 5, XXXV).

A justa composição da lide só pode ser alcançada quando prestada a tutela jurisdicional dentro das normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil, das quais, não é dado ao Estado declinar perante nenhuma causa (CF, art. 5, LIV e LV).

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5, LIII), a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93,IX).

Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo.

A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do

direito material, entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal.

Conforme pontuado acima¹, a essência do princípio do devido processo legal consiste na dinamização da prestação jurisdicional, que traz um comprometimento entre o justo e a lei.

Não se pode falar que um processo “correu” de forma justa se não foi assegurado as partes, sejam elas certas ou erradas (na concepção pessoal) se não tiveram acesso a todas defesas, provas e garantias possíveis e asseguradas pela lei.

1.2 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça também é um direito fundamental, igualmente assegurado no artigo 5º, porém no inciso XXXV da Constituição Federal.

Este princípio positivado, preconiza que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Humberto Theodoro Júnior² analisa este princípio e explica que

no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à Justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico.

Observando os aspectos mencionados acima, ter acesso à justiça, engloba outros direitos, que não compreendem tão somente a parte direcionar-se ao tribunal e exercer o seu direito de ação, mas sim, ter direito à um processo justo, observado os princípios do Juiz Natural, o Devido Processo Legal, a Ampla Defesa, o Contraditório.

São os princípios sendo assegurados que fazem um acesso digno à justiça.

Existem formas que, segundo o artigo 3º do Código de Processo Civil, não conflitam com a garantia do acesso à justiça, que são: a arbitragem e a promoção estatal da solução de conflitos.

¹ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. III, 2017, p.47.

² Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. III, 2017, p.74.

Theodoro Júnior³ diz que “tem-se como legítima a substituição voluntária da justiça estatal pelo juízo arbitral, na forma da lei (art. 3º, 1). Questionada a constitucionalidade da Lei 9.307/1996, no tocante a força de excluir do Poder Judiciário o conhecimento do litígio contratualmente submetido à arbitragem, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a garantia da universalidade da jurisdição do poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) não resta ofendida quando o afastamento decorre de vontade negocial livremente manifestada em contrato sobre bens e direitos disponíveis.

1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está diretamente atrelado ao princípio do devido processo legal, pois dele, cumpre-se a garantia legal.

Existem duas formas que o princípio da legalidade pode “funcionar”, um como norma processual e outra como norma de decisão.

Como norma processual, é a sua aplicação no devido processo legal e já como norma de decisão, é como a legalidade impõe ao juiz para que ele decida conforme o direito.⁴

Freddie Didier⁵ diz ainda que o direito não é apenas o legal, (a Constituição, os atos administrativos, os precedentes judiciais e a própria jurisprudência são fontes do Direito), não é apenas o escrito (há normas implícitas, que não decorrem de textos normativos, assim como há o costume), nem é o estatal (um negócio jurídico também é fonte do Direito).

Ele enfatiza que a menção à legalidade foi em um tempo em que se via somente a lei como fonte do Direito, mas que no geral, o juiz deve decidir em conformidade com o Direito, qualquer que seja sua fonte. Esta é a premissa do princípio da legalidade, o juízo deve embasar suas decisões conforme a lei (em sentido amplo).

1.4 PRINCÍPIO DA BOA FÉ PROCESSUAL

³ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. III, 2017, p.75.

⁴ Fredier Didier Jr, Curso de Direito Processual Civil - V.1, 2017, p. 89.

⁵ Fredier Didier Jr, Curso de Direito Processual Civil - V.1 , 2017, p. 90.

A boa fé está disposta no artigo 5º do Código de Processo Civil, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa- fé”.

É um princípio que se desdobra de forma subjetiva e objetiva. É o que se espera das partes no andamento do processo.

Para Ruy Rosado Aguiar Júnior (2003, p.238),

a boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independentemente da vontade, e, por isso, a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes. A boa-fé significa a aceitação da interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual. O princípio da boa-fé significa que todos devem guardar fidelidade à palavra dada e não frustrar ou abusar da confiança que constitui a base imprescindível das relações humanas, sendo, pois, mister que se proceda tal como se espera que o faça qualquer pessoa que participe honesta e corretamente do tráfego jurídico.

A boa fé objetiva pode ser demonstrada como um cumprimento de uma obrigação, uma fonte de deveres originada de uma obrigação voluntária.

Já para Humberto Theodoro Júnior (2015, p.79) a boa-fé consiste em:

exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados.

Como a segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, é fácil concluir que o princípio da boa-fé objetiva não se confina ao direito privado. Ao contrário, expande-se por todo o direito, inclusive o direito público, em todos os seus desdobramentos. Aliás, a doutrina contemporânea, trabalhando sobre nosso direito constitucional, não tem dúvida em tratar da boa-fé como princípio geral disseminado por todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, organizado pela Carta de 1988.

Não existe uma enumeração legal das hipóteses em que se deve agir com boa-

fé processual, não existe um rol taxativo, a boa-fé é um elemento subjetivo que se pauta pela ética e também pelos bons costumes, é a chamada cláusula geral, porque não existem condutas desleais enumeradas.

Está presente em todos ramos do direito e no direito processual civil não é diferente, é como pontua Humberto Theodoro Júnior⁶, sempre que existe um vínculo jurídico, as pessoas que participam, estão “obrigadas” a não frustrar essa confiança espontânea depositada no outro, de uma forma que se comportam de forma esperada e pautada na boa-fé.

1.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios máximos do estado democrático de direito, é um direito fundamental que norteia todas as atividades realizadas no âmbito estatal e, ainda, nas atividades privadas.

Didier Júnior⁷ define bem o conceito da dignidade da pessoa humana e seu contexto no ambiente jurisdicional:

A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito fundamental de conteúdo complexo, formado pelo conjunto de todos os direitos fundamentais, previstos ou não no texto constitucional.

A eficácia vertical das normas relativas aos direitos fundamentais dirige-se à regulação da relação do Estado com o indivíduo. O exercício da função jurisdicional é exercício de função estatal. Por isso o CPC impõe ao juiz que observe esse comando constitucional.

O órgão julgador apresenta o Estado e, nessa circunstância, deve “resguardar” a dignidade da pessoa humana; resguardar, nesse contexto, é, de um lado, aplicar corretamente a norma jurídica “proteção da dignidade da pessoa humana” e, de outro, não violar a dignidade (por exemplo, na condução do depoimento da parte).

O órgão julgador também deve “promover” a dignidade da pessoa humana.

Há, no verbo promover, a exigência de um comportamento mais ativo do magistrado. Isso significa que, em algumas situações, o juiz poderá tomar, até mesmo de ofício, medidas para efetivar a dignidade da pessoa humana, além de poder valer-se da cláusula geral de atipicidade (art. 536, § 1º) para a execução do direito fundamental à dignidade.

⁶ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. III, 2017, p.121.

⁷ Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil - V.1, 2017, p. 85 e 86.

Dois exemplos: a) exigência de respeito à ordem cronológica de conclusão (art. 12); no caso de grave violação à dignidade da pessoa humana, que não se encaixe em um dos incisos que excepcionam a regra de observância da cronologia da conclusão; poderia o juiz "furar a fila", para promover a dignidade da pessoa humana; b) prioridade na tramitação processual; pessoa com doença grave, mas que não esteja no rol do art 1.048, I; para promover a dignidade de pessoa humana, o juiz poderia determinar o processamento prioritário.

Está-se diante de norma que claramente impõe um comportamento mais ativo do órgão jurisdicional, se a questão envolver a dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Novellino⁸, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro.

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. [...] A dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito. Nesse sentido, não pode ser considerada como algo relativo. Nas palavras de Béatrice Maurer (2005), "a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa. Não se trata, destarte, de uma questão de valor, de hierarquia, de uma dignidade maior ou menor. É por isso que a dignidade do homem é um absoluto. Ela é total e indestrutível. Ela é aquilo que chamamos inamissível, não pode ser perdida." O fato de a dignidade ter um caráter absoluto – isto é, não comportar gradações no sentido de existirem pessoas com maior ou menor dignidade – não significa que a dignidade seja um princípio absoluto, pois apesar de ter um peso elevado na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os demais princípios ocorre em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Portanto, feitas estas considerações, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como a efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado. Os órgãos públicos se vinculam pelo princípio e lhe devem respeito e proteção, não podendo se eximir da responsabilidade proteção da pessoa humana.

⁸ Marcelo Novellino, Curso de Direito Constitucional, 2016, p.251.

1.6 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

É um princípio constitucional, que traz segurança jurídica no tocante ao processo judicial e ao processo administrativo.

O artigo 5º, LV da Constituição Federal, no qual resguarda o princípio do contraditório e a ampla defesa, é de extrema importância aos litigantes, e não existem ressalvas ao objeto (civil, penal, trabalhista, eleitoral).

Fredie Didier⁹ diz que,

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e a possibilidade de influência na decisão

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se de garantia de ser *ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas tem condições de influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de *influência*, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão surpresa; toda decisão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Isso porque o “Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Infere-se assim que, o órgão jurisdicional não pode julgar alguém sem dar a

⁹ Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p. 78.

devida chance de manifestação acerca do assunto, pois, o simples fato de conferir a participação, por si só, não assegura a ampla defesa e o contraditório.

Conforme elucida Araken de Assis¹⁰,

Na verdade, o contraditório permeia toda a atividade estatal, em razão do princípio democrático: o exercício do poder somente se legitima mediante a participação das pessoas nele investidas, segundo os mecanismos constitucionais, e a dos destinatários dos atos do Estado. Evidencia-se a necessidade da participação popular na ação governamental à medida que a sociedade se organiza, reclamando audiência, e se opõe à simples edificação de um presídio, por exemplo. Ocorre que semelhante elemento, porque geral, não ostenta a dignidade suficiente para distinguir o processo do conjunto das atividades estatais.

Não há como dissociar o princípio do contraditório e o da ampla defesa, um implica diretamente no outro, já que o contraditório é, nas palavras de Araken (2015, p. 282) “o cume da pirâmide do processo constitucionalmente legítimo” e a ampla defesa é exercer esse direito ao contraditório, da forma mais “ampla” juridicamente possível.

1.7 PRINCÍPIO EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência é atrelado ao princípio do devido processo legal, pois, se o processo atingiu sua eficiência, extrai-se que se deu da forma devida.

O princípio da eficiência, aplicado no *processo jurisdicional*, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional.

O princípio, aqui, dirige-se ao órgão do Poder Judiciário, não na condição de ente da administração, mas, sim, na de órgão jurisdicional, responsável pela gestão de um processo (jurisdicional) específico. [...]

A compreensão da eficácia processual do princípio da eficiência impõe, ainda, que se levem em consideração algumas premissas.

Esse princípio se relaciona com a *gestão do processo*.

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: *administrador de um determinado processo*. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se o serviço jurisdicional como uma

¹⁰ Araken de Assis, *Processo Civil Brasileiro Vol. III*, 2015, pag. 28

espécie de serviço público – submetido, pois, à normas gerais do serviço público. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.

Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado “estado de coisas”: o processo eficiente.¹¹

Pode-se dizer então, que a eficiência é alcançada quando na atuação processual os fins satisfatórios são atingidos em termos tanto quantitativos, quanto qualitativos.

Em relação ao órgão jurisdicional, este tem o dever de promover a adequação dos meios necessários para que o propósito (eficiência) seja atingido.

Há que se diferenciar ainda a eficiência de efetividade, pois efetivo é quando um processo que realiza o direito afirmado e reconhecido, já o processo eficiente atinge o resultado de um modo satisfatório e não necessariamente, um processo precisa ser efetivo e ter sido eficiente ao mesmo tempo. Um processo que atingiu o objetivo pode ter tido seu curso insatisfatório¹².

1.8 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na administração pública aplica-se também o princípio da efetividade, inclusive, no artigo 37 da Constituição Federal, é um dos princípios fundamentais que devem gerir a Administração Pública¹³.

O art. artigo 8º do NCPC – ao prever que o juiz, no exercício de sua jurisdição, tem de observar, entre outros, o princípio da *eficiência* – mantém-se fiel ao comando constitucional, e valoriza os compromissos específicos do *processo justo* com a *efetividade* da tutela jurisdicional. Indica, portanto, que essa tutela somente será legítima se prestada *tempestivamente* (em *tempo razoável*, portanto) e de maneira a proporcionar á parte que faz jus a ela, sempre que possível, aquilo, e exatamente aquilo, que lhe assegura a ordem jurídica material (*efetividade* da prestação pacificadora da Justiça).

Há quem concentre a eficiência do processo na busca da

¹¹ Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p. 100.

¹² Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p.103.

¹³ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, 2015, p. 92.

celeridade e da economia processual, resumindo-se na realização da prestação jurisdicional em tempo razoável. Na verdade, contudo, o processo justo idealizado pela Constituição não se pode contentar com a rapidez da prestação jurisdicional. Há metas maiores e que não admitem sacrifício em nome de uma eficiência traduzida em rapidez. Atento ao conjunto principiológico ditado pela ordem constitucional para governar o acesso efetivo à justiça, “em razão, do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional hão de ser estruturados para que se construam regras adequadas à solução do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e ampla defesa.¹⁴

Insta destacar que um processo e/ou um procedimento eficiente da Administração Pública, não é somente a rapidez na qual se desenvolve a demanda, mas é de extrema importância que a qualidade e a adequação sejam parâmetros para se verificar se houve realmente essa eficiência.

Humberto Theodoro Júnior¹⁵ ressalta que o juiz deve decidir o litígio de uma forma integral, abrangendo esta preocupação temporal, da duração do processo, mas dispendendo um tempo menor.

É uma questão de convergência em celeridade e qualidade na solução apresentada, por assim dizer. Quando falamos em eficiência, faz-se necessário também trazer o princípio da duração razoável do processo.

1.9 PRINCÍPIO EFETIVIDADE

A efetividade faz-se presente quando os direitos, após existirem, são reconhecidos, efetivados. Segundo Fredie Didier¹⁶ “Processo devido é processo efetivo”, ele diz isto, pois, não basta a parte ter o direito subjetivo sem propriamente, conseguir efetivá-lo, de modo adequado.

Didier¹⁷ completa o entendimento da seguinte forma,

O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, 2015, p. 93.

¹⁵ Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil - Vol. I, 2015, p. 93.

¹⁶ Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p. 113.

¹⁷ Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p. 113.

merecedor de tutela executiva”.

O art. 4º do CPC, embora em nível infraconstitucional, reforça esse princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, ao incluir o *direito à atividade satisfativa*, que é o *direito à execução*: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Esse posicionamento é reforçado pela compreensão atual do chamado “princípio da inafastabilidade”, que, conforme célebre lição de Kazuo Watanabe, deve ser entendido não como uma garantia formal, mas uma garantia de “acesso à ordem jurídica justa”, consubstanciada em uma prestação jurisdicional tempestiva, adequada, eficiente e efetiva. “O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito”. Também se pode retirar o direito fundamental à efetividade desse princípio constitucional, do qual seria corolário.

Na concepção de Bueno Scarpinella¹⁸, a efetividade está mais relacionada com o resultado do processo propriamente dito:

O princípio da efetividade do processo também repousa na locução contida no art. 5º, XXXV, de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, o mesmo que, rendeu ensejo à apresentação do “princípio do acesso à justiça. Este princípio, por vezes, é enunciado como “efetividade da jurisdição. (...) O princípio da efetividade do processo, volta-se mais especificamente aos resultados práticos deste reconhecimento do direito, na exata medida em que ele o seja, isto é, aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo.

Sendo assim, podemos entender que o princípio da efetividade decorre do princípio do acesso à justiça, já elencado no segundo tópico, haja vista que não basta o acesso à justiça garantido pela Constituição Federal, sem uma efetividade no resultado apresentado após o decorrer do processo. Não se pode confundir a efetividade com um resultado satisfatório (vitorioso) as partes, tal resultado, não tem exatamente relação com o fato da satisfação pessoal da parte, pelo contrário, dificilmente as partes sairão com contentamento semelhante do litígio.

O resultado satisfatório no qual refere-se à efetividade do processo, tange aos meios executados e necessários para a prestação integral de uma tutela.

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 2007. p. 146.

1.10 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO DO PROCESSO

Atualmente o processo judicial deve ser feito observadas as suas peculiaridades, a adequação encontra resguardo no princípio da inafastabilidade e também no princípio do devido processo legal.

A adequação é uma forma que o juiz, flexibiliza o procedimento de forma que atende as peculiaridades da causa. Pode-se dar como exemplo quando o juiz deixa de designar perícia em um processo, pois em sua concepção, todas provas já foram suficientemente produzidas e não há complexidade no julgamento da causa, ele ao não designar tal perícia, adapta a lide da forma que entende ser mais razoável, mas sempre sem prejuízo e sem quebra de nenhuma garantia das partes.

Há também a adaptação nos juizados especiais, ao limitar o critério da pretensão econômica, a lei adapta o procedimento ao valor da causa para trazer uma proteção eficiente e célere.

Inicialmente, a própria construção legislativa do processo deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do seu objeto; o legislador deve atentar para essas circunstâncias, pois um processo inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas à estruturação do procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante uma tutela adequada à realidade do direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios adequados da inafastabilidade, é possível retirar o princípio da adequação. Também é possível retirá-lo do direito fundamento a um processo devido: processo devido é processo adequado. Lembre-se que o devido processo legal é uma cláusula geral, de onde se podem retirar outros princípios, tal como o da adequação.

Há quem entenda, ainda, que o princípio da adequação decorre do princípio da efetividade, e também corolário do devido processo legal. É como afirma Marinoni, visualizando a adequação como imposição do direito fundamental à efetividade: "A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial".

O titular do direito litigioso precisa de uma série de medidas

estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional.¹⁹

Nesse aspecto, o princípio da adequação é uma forma abstrata de o órgão jurisdicional “encaixar” de forma mais adaptável o processo, a natureza do litígio, a evidência do direito como se apresenta no direito material e a situação processual da urgência (se tiver) com as regras no processo, seguindo o texto normativo.

CAPÍTULO 2 – JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

A Carta Magna atual, promulgada pós-período ditatorial, foi exímia ao trazer no seu bojo direitos básicos, negados outrora, aos brasileiros. Esses direitos pretendiam fazer valer os dizeres de Rui Barbosa em sua Oração aos moços em que dizia que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”²⁰.

Nesse contexto, empregando a necessidade, de igualar o acesso à justiça, foi criado o artigo 98 em que determinava a criação dos Juizados Especiais, cuja função precípua é tornar acessível a justiça aos mais desvalidos.

Contudo, à luz dos próprios princípios constitucionais, a lei que rege tal artigo, cerceia imensamente direitos constitucionais estabelecidos. O que se discute é: para se possibilitar o acesso à justiça, pode-se limitar de modo impossibilitar direitos também presentes no texto da Constituição? É nesse contexto que se analisa a lei do Juizados Especiais à luz dos Direitos Constitucionais.

2.1 CONCEITO

Da mesma forma que se procedeu a especificação dos Princípios Constitucionais que regem o Processo Civil no capítulo precedente, também se analisará os Juizados Especiais Cíveis à luz dos princípios constitucionais. De início, pontua-se a origem de tais tribunais que foi fundamentalmente social para

¹⁹ Fredie Didier Júnior, Curso de Direito Processual Civil, 2015, p.114.

²⁰ BARBOSA, Rui, Oração aos moços, São Paulo: Hedra, 2009. p.47.

proporcionar que todos tivessem acesso ao judiciário.

Com o passar dos anos, verificou-se que as pessoas mais pobres e que não tinham muita escolaridade não se valiam do direito de ação, devido a burocracia e os valores relativamente pequenos envolvidos que não compensavam o acionamento da justiça a qual, por vezes, era extremamente morosa ou mesmo por não poderem pagar um advogado e, assim, não tinham as suas causas examinadas pelo judiciário. O que vai de encontro ao Princípio de Ação outrora analisado. Assim, além da exclusão imposta pela sociedade em função da hipossuficiência econômica, estas pessoas eram desprovidas do direito de acionar o judiciário ante lesão ou ameaça de lesão ao seu direito.

Os juizados especiais, sem ônus sucumbenciais, custas judiciais e honorários advocatícios procuravam proporcionar a efetividade do Direito de Ação fazendo com que pessoas, outrora privadas dele, pudessem postular reclamando a tutela jurisdicional.

Segundo Dias:

Os Juizados Especiais Cíveis traduzem uma Justiça Especial, disciplinada por um procedimento que visa a determinado fim singular de todo arcabouço processual até então existente. Fim esse que, repisa-se, passa a exigir maior atividade dos magistrados. Nesse raciocínio, se é certo que em toda atuação do agente judicante há que se materializarem princípios democráticos celebrados pela Constituição Brasileira, em seu mister neste procedimento que se busca primordialmente de acesso, há que tal compromisso democrático solidificar-se, livrando-se da servidão calculada em que o direito se encontra, exercendo de maneira transparente o seu ofício e extraíndo da norma jurídica o maior proveito possível às partes. Deve o juiz, ainda, amparar-se no princípio do livre conhecimento, dando valor às provas que entender necessárias e desprovendo-as de seu valor absoluto e escalonado.

Aos serventuários, por sua vez, como forças propulsoras do dito procedimento, cabe estar atentos às naturais dificuldades das pessoas menos favorecidas – destinatários primeiros da lei em questão. Tendo em vista se estar diante de dispositivos legais que conferem maior autonomia àqueles que irão usufruir das facilidades do acesso ao Judiciário, a prática também exige dos advogados atuação de forma alguma desrespeitosa dos ditames elementares da ética na busca do bem comum.²¹

²¹ DIAS, Isabelle da Silva Scisínio, **A Ilegalidade da Supressão da Audiência de Instrução e Julgamento nos Juizados Especiais Cíveis** in Série Aperfeiçoamento de Magistrados 15, Turmas

Nesse sentido, o que se visava com esta nova lei, era criar uma via de acesso ao judiciário cujo formalismo e os trâmites burocráticos do processo fossem menores. Logo, seria inverídico afirmar que a finalidade da lei de Juizados Especiais seria simplesmente acelerar os processos. Nesse sentido, acentua Marinoni:

a agilização da distribuição da justiça não pode constituir a razão de ser dos juizados. A filosofia dos juizados é tocada pelo tema da demora do processo apenas porque o hipossuficiente é aquele que mais sofre com o retardo na entrega da prestação jurisdicional. Assim, é necessário deixar claro, para que não ocorram distorções, que a finalidade dos juizados não é simplesmente propiciar uma justiça mais célere, mais sim garantir maior e mais efetivo acesso à justiça.²²

Porém, na verdade, a lei 9099/95, a Lei dos Juizados Especiais, buscava em seu cerne, criar um sistema que desafogasse a Justiça Comum, sobrecarregada de demandas que raramente eram resolvidas em tempo hábil. Era muito comum a resolução da lide somente depois da morte de uma das partes que não poderia mais usufruir do resultado do processo. Os procedimentos tinham julgamentos deveras morosos e muitas vezes a parte não conseguia sequer usufruir do direito ganho em juízo. De modo que, era necessário achar uma solução para esta situação que surgiu a partir da criação da Lei acima citada.

Mas, atualmente, deve-se perguntar: com o passar dos anos, esta lei cumpriu o que prometia? Segundo Dias, esta é a questão que surge 25 anos após o surgimento desta lei. Segue a autora dizendo que:

Porém, como todo início ao qual se segue continuação, passados alguns anos desde sua implementação, indaga-se, hoje, se o procedimento alcançou o objetivo a que se prestou quando criado, mormente em seu papel fundamental de facilitar o acesso à Justiça, não só solucionando as lides propriamente ditas, mas também os conflitos extrajurisdicionais delas decorrentes. Pergunta-se, também, se o procedimento da lei providencia ao

Recursais, Sistema dos Juizados Especiais, 2012, p. 47.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.80.

cidadão a necessária prestação jurisdicional, considerada a demora, que hoje se testemunha, nas soluções das demandas. O acesso à justiça, longe de confundir-se com acesso ao Judiciário, significa algo mais profundo. Na diferenciação que se deve buscar, parece indiscutível que tal acessibilidade, de sede, inclusive, constitucional, importa também – e, talvez, principalmente – o acesso ao justo processo, como conjunto de garantias capazes de transformar o mero procedimento em um processo tal, que traduza, concreta e efetivamente, a viabilidade da tutela jurisdicional.

Inegável que a Lei 9.099/95 dá um grande passo nessa direção. Ao elencar princípios que, se observados pelo julgador e respeitados em seu espírito, certamente serão de grande valia para todos aqueles que buscam o Poder Judiciário na esperança de alcançar solução para seus problemas, pode-se afirmar que a buscada acessibilidade à justiça, não se materializou de todo, pelo menos passou a mostrar-se uma realidade um tanto mais atingível – ainda que, a princípio, somente pela *mens legis*.²³

A Lei dos Juizados Especiais, ou seja, a Lei n.º 9.099/95 surgiu a partir dos projetos de Lei n.º 1.489-B, 1.480-C e 1.480-D editados em 1989, seguindo o que determinava a Constituição Federal no seu artigo 98, *in literis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;²⁴

A lei 9099/95, contudo, não consiste numa lei simplesmente procedimental, o que pode se levar a crer da leitura da norma “crua”, e que cujo fim é tão somente a acelerar o processo. Ante a constitucionalização do processo civil, não se pode olvidar que a lei deve trazer consigo a proteção dos direitos constitucionais discriminados outrora.

²³ DIAS, Isabelle da Silva Scisínio, **A Ilegalidade da Supressão da Audiência de Instrução e Julgamento nos Juizados Especiais Cíveis** in Série Aperfeiçoamento de Magistrados 15, Turmas Recursais, Sistema dos Juizados Especiais, 2012, p. 45.

²⁴ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil (1988), Capítulo - III – DO PODER JUDICIÁRIO, art. 98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

Mas ao arripio do Princípio da Ampla defesa e do Contraditório, a lei dos Juizados Especiais acaba por causar um inconcebível cerceamento de defesa, por diversas causas, entre elas a ausência de um advogado que proporcione ao reclamado uma defesa técnica, ainda, o procedimento do juizado diminui garantia da ampla defesa, bem como do direito à prova dentre outras que em tempo hábil se apresentará.

2.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO PROCESSO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

2.2.1 A Justiça Especial Cível como um microssistema

Os princípios que regem o Processo do Juizado Especial Cível não são novos, haja vista, estarem previstos também para a dita Justiça Comum. O ineditismo é o fato de elevar-se a Justiça Especial Cível ao nível de um Microssistema Autônomo com o emprego de novas técnicas processuais, bem como, dos princípios informativos que o regem.

A justiça especial realmente compõe hoje um microssistema, a favor deste pontua Ada Pellegrini Grinover:

Não se trata, aqui, da mera formulação de um novo tipo de procedimento, mas sim de um conjunto de inovações que vão desde uma nova estratégia no tratamento de certos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação processuais. E não se trata propriamente de diversos princípios processuais, mas sim de critérios que, informando o novo processo, assegurem sua fidelidade aos princípios clássicos, revolucionando-os em suas formas e em sua dinâmica. Isso porque a simplicidade é expressão dos princípios da liberdade de formas processuais e da sua instrumentalidade; a oralidade é diretriz tradicional do processo brasileiro, agora levada aos extremos do diálogo entre o juiz e as partes; a economia processual e a gratuidade em primeiro grau de jurisdição respondem à promessa constitucional do acesso às vias jurisdicionais; a celeridade vem a reboque de um procedimento extremamente concentrado, sem oportunidade para dilações e incidentes que protelem o julgamento do mérito; e a conciliação, incessantemente buscada em todo o processo, como sua verdadeira mola-mestra, também se insere no rico filão de incentivo a autocomposição das partes, atendendo às mais caras tradições do processo brasileiro e de suas vias alternativas. Sem falar na possibilidade de acesso direto aos juizados, independentemente de advogado; sem descuidar o importante papel da informação e orientação jurídicas, primeiro passo para a

conscientização das classes menos favorecidas e para a participação popular pelo processo; e sem olvidar o importante aporte do corpo social na administração da Justiça, pela conciliação e arbitragem: diretrizes todas que muito bem se coadunam com os esforços rumo à construção da democracia participativa, que empenham o Brasil de hoje.²⁵

Contra apresentamos o discurso de Tauã Lima Verdan Rangel:

“Não é possível objetivar a agilidade e eficácia processuais, porque seriam sacrificadas as garantias fundamentais, com a busca de sistemas jurídicos mais baratos e menos procedimentais(...)”²⁶

A própria Ordem dos Advogados do Brasil impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a dispensabilidade de advogado na Justiça Especial Cível:

A Ordem dos Advogados do Brasil promoveu ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn no 1.539) contra a previsão de dispensa da Lei no 9.099/19956 tendo por fundamento, dentre outros, a relevância da advocacia (expressamente reconhecida na Constituição Federal). Sendo o advogado essencial à administração da justiça, a lei poderia regulamentar a atividade advocatícia, mas jamais torná-la facultativa, razão pela qual a assistência do advogado seria sempre obrigatória.²⁷

É verdade que se criou um microsistema, pois não só houve uma sumarização do rito, mas também o Juizado Especial Cível passou a valer-se de “auxiliares leigos”, colaboradores de fora do Poder Judiciário, que podem ou não possuir curso Superior em Direito, e que não são empossados em cargo público de Juiz, cuja função é, muitas vezes, julgar o pleito de forma a conceder a prestação jurisdicional.

Tais “auxiliares leigos”, de preferência, devem ser estudantes ou graduados

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 182-183.

²⁶ RANGEL, Tauã Lima Verdan, **Juizado Especial Cível: microsistema de acesso à Justiça ou desvirtuamento da tradição civil law**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/juizado-especial-civel-microsistema-de-acesso-a-justica-ou-desvirtuamento-da-tradicao-civil-law/> acessado em 16 de fevereiro de 2020.

²⁷ TARTUCE, Fernanda, **Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de-litigantes-sem-advogado-nos-juizados.pdf>. Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

em Direito, mas não há uma exigência de que o sejam, e, pode ser que, pessoas sem qualquer conhecimento da lei, julguem ações conforme seu próprio alvedrio.

Os Juizados Especiais podem configurar realmente um microsistema próprio dentro do Direito Processual, posto a adoção de princípios que mesmo presentes no Código de Processo Civil são utilizados de forma peculiar e inédita no âmbito da atividade jurisdicional.

Apresentar-se-á em sequência os princípios que regem o acima mencionado microsistema. Sem olvidar, contudo, de apresentar o cerceamento de defesa advindo do sancionamento da Lei dos Juizados Especiais, pois o que se ganhou de celeridade processual, perdeu o reclamado em sua defesa. Senão, vejamos.

2.2.2 O princípio do julgamento por equidade ou equânime

O art. 6º da Lei 9.099/1995 determina “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”²⁸.

Como presente no Código de Processo Civil no parágrafo único de seu artigo 140, estabelece também a Lei 9.099/95 a possibilidade de utilização da equidade como meio supletivo, para as lacunas da Lei ou para adaptação do caso concreto.

Hermann salienta tal dispositivo não permite, entretanto, julgar por equidade, ou seja, ao alvedrio do julgador. Segundo salienta:

Trata-se de norma que estabelece a possibilidade de utilização da equidade como meio supletivo, para as lacunas da Lei ou para adaptação do caso concreto. Entretanto, não autoriza a referida disposição legal o chamado julgamento por equidade, ou seja, aquele realizado independentemente do ordenamento jurídico, fundando-se apenas na consciência do julgador. Trata-se de distinção sutil, mas de grande importância, na medida em que o ordenamento jurídico constitucional não autoriza o julgamento apartado daqueles valores consagrados constitucionalmente, daí por que estabeleceu que a decisão há de atender também aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.²⁹

²⁸ LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS (Lei 8.099/95) -Seção II – Artigo 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

²⁹ HERMANN, Ricardo Torres, **Juizados Especiais Cíveis – Princípios Informativos de seu Microsistema e as Garantias Constitucionais do Processo.**

Porém, como garantir este princípio, quando da presença de Juízes leigos muitas vezes sem conhecimento de Direito, cuja base de teórica seria tão somente a própria consciência? Julgariam, portanto por equidade. Seguindo tão somente a própria consciência longe do determinado pela letra da lei e divergentemente do que dita a doutrina.

Extraíu-se do discurso dos doutrinadores Chini, Flexa, Couto, Rocha e Couto em sua obra da Lei ora em análise comentada, ainda que se coadunem com o discurso de parte da doutrina, onde se tenta fazer crer que equânime é imparcialidade a verdadeira face deste artigo:

Observe-se ainda que o artigo 25 da Lei, que trata do Juízo Arbitral, afirma que “o árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz na forma dos artigos 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”. Portanto o árbitro tem os mesmos poderes do juiz e mais um – o de decidir por equidade – atribuindo ao árbitro um poder que o juiz não teria.³⁰

Ora como um árbitro leigo, sem o devido embasamento, terá mais poderes que um juiz, formado em Direito, concursado e investido do cargo? É tal situação teratológica que queremos ressaltar nesta lei que na tentativa de agilizar, acaba por da causa a situações inadmissíveis no Direito.

2.2.3 O princípio da oralidade

Para tratar do princípio da Oralidade, deve-se recordar da lição do ilustre Chiovenda, doutrinador de apuradíssimo saber jurídico. Segundo dita o princípio da oralidade comporta as seguintes características:

- a) identidade física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o seu início até o julgamento;
- b) concentração, isto é, que em uma ou poucas audiências próximas se realize a produção das provas;
- c) irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão

Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000022.pdf>. Acessado em 16 de fevereiro de 2020.

³⁰ CHINI, Alexandre, FLEXA, Alexandre, COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Borring, Couto, Marco. **Juízados Especiais Cíveis e Criminais**. 2 ed. Salvador: JusPodivm 2019, p. 90.

do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos, que devolvam ao Tribunal o julgamento da decisão impugnada.³¹

Logo na primeira característica, encontra-se o passo em falso da Lei dos Juizados Especiais, qual seja, a identidade física do juiz ora maculada gravemente por esta Lei. Vejamos o argumento do Hermann sobre este fato:

A identidade física do juiz impõe que o magistrado dirija o processo desde o seu início até o julgamento. Tal subprincípio da oralidade que prestigia sobretudo o contato imediato entre o juiz e as fontes de prova oral produzidas, ou seja, a imediatidade entre o juiz e a prova oral, é talvez a característica do princípio da oralidade que menor cumprimento se verifica no processo do Juizado Especial Cível. Tal se dá, principalmente, nos juizados em que há a atuação de juízes leigos, onde são eles os verdadeiros juízes instrutores, que apresentam o contato direto com as fontes da prova oral.³²

A identidade física do juiz é um subprincípio de suma importância, de fato, não pode ser suprimido em razão de uma pretensa celeridade processual ou no afã de criar um maior acesso ao judiciário, o que só foi em parte solucionado. Nesse sentido, pontua Marinoni:

“Como é sabido, a oralidade enseja contato direto do juiz com as partes e com as provas, e por essa razão propicia maior qualidade ao serviço jurisdicional. De modo que, por razão lógica, falar em oralidade é supor apenas a sentença do juiz que teve este contato direto, e não o julgado proferido por aqueles que não conheceram as partes e não tiveram qualquer contato direto com as provas. Em outras palavras, a oralidade somente pode ser benéfica ao julgado do juiz singular, mas jamais para o julgado do colegiado, que analisa a causa por meio dos termos escritos das provas produzidas. Além do mais, como também é de lógica evidente, dois juízos sobre o mérito consome mais tempo da jurisdição que um só. Nesse sentido, o duplo juízo sobre o mérito, previsto no juizado, atenta contra os princípios da oralidade e da celeridade, os quais são instituídos expressamente como princípios

³¹ BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11.1.1973). Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. **Código de processo civil**/organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 25ªed.. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

³² HERMANN, Ricardo Torres, **Juizados Especiais Cíveis – Princípios Informativos de seu Microssistema e as Garantias Constitucionais do Processo**. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000022.pdf>. Acessado em 16 de fevereiro de 2020

informadores no art. 2º da Lei 9.099/95.”

A análise recursal dos Juizados Especiais Cíveis pelas Turmas Recursais trata-se de grande afronta a oralidade, portanto.

Quanto à característica da concentração, o procedimento criado pela lei favorece esta característica, assim pontua-se o artigo 27, da Lei 9.099/1995 que permite concentrar, tanto a conciliação, como a instrução, na mesma audiência. Muito embora o prejuízo processual para a Defesa que deve apresentar sua contestação em plena audiência. É costume processual a realização de duas audiências, uma de conciliação e outra de instrução, a concentração das duas em uma resulta em grave prejuízo à defesa, ainda que cientificada desta possibilidade.

A característica final, qual seja, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, também se traduz no procedimento do Juizado Especial Cível, tendo em vista que não há cabimento de agravo contra as decisões interlocutórias. Porém, devemos pontuar que no âmbito dos Tribunais Federais Especiais há a possibilidade do agravo de instrumento contra decisões liminares proferidas em razão de medidas de natureza cautelar, consoante o disposto nos artigos 4º e 5º da Lei 10.259/2001.

2.2.4 Princípio da simplicidade e da informalidade

São, em verdade, princípios autônomos, mas como sua influência recai de forma quase que semelhante nos processos julgados pelo rito dos Juizados Especiais Cíveis, permite a análise conjunta de tais princípios.

O que se pretendia com a criação da Lei 9099/95 era construir uma lei simples que aproximasse o cidadão do Poder Judiciário de forma atender a causas que negligenciadas antes de sua vigência.

Assim, simples e informal, pretendia a Lei dos Juizados Especiais garantir a compreensão procedimental daquele cidadão comum que levava sua causa a juízo. O foco era a resolução do conflito e não o rigor formal.

Porém, peca a Lei por convalidar atos processuais cuja invalidade poderia favorecer o reclamado, mais uma vez, cerceando-lhe sobremaneira a defesa. Cabe salientar que tal princípio também tem aplicação no processo do trabalho e

algumas críticas são feitas no tocante à possível arbitrariedade do julgador. As críticas também se aplicam ao Procedimento do Juizado Especial. Segundo Lima:

O princípio da informalidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela menor formalidade, ampliação do acesso à justiça pelo hipossuficiente e maior celeridade na marcha processual. É necessária a adoção de uma série de comportamentos para efetivar este estado de coisas. Porém, tendo em vista que inexitem formas precisas para concretizar o estado das coisas, abre-se possibilidade para a arbitrariedade do julgador.³³

Nesse sentido também postula Barbosa:

O fato é que os procedimentos devem estar limitados a cumprir o que preconiza o Devido Processo Legal, sendo assim, “soluções alternativas” só poderão ser aceitas se estiver nos moldes e em conformidade com o que dispõe o ordenamento jurídico, obedecendo ao princípio constitucional da legalidade.³⁴

Portanto, há de se limitar a informalidade e a simplicidade do procedimento especial, posto vir a recair em injusta arbitrariedade contra o reclamado. Ainda que a proposta de tornar mais célere, simples e informal possa parecer, em um primeiro momento, imprescindível para o efetivo acesso a justiça, tais medidas podem ser um verdadeiro desmando quando a questão é vista pelo viés do reclamado. A simplicidade e a informalidade não podem privilegiar uma das partes e é o que vem acontecendo no Juizado Especial Cível.

2.2.5 Princípio da economia processual e gratuidade

O Princípio da Economia Processual está intimamente ligado ao da Eficiência o que insta que se deve produzir o máximo de efeitos com o mínimo de atos processuais. Há uma concentração de atos, de modo que, limite-se os atos processuais e se produza os mesmos efeitos do procedimento ordinário.

³³ LIMA, Isan Almeida, **Limites jurídicos ao princípio da informalidade no Processo do Trabalho**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/14738/limites-juridicos-ao-principio-da-informalidade-no-processo-do-trabalho>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

³⁴ BARBOSA, Edinei, **Mitigação do Devido Processo Legal no Juizado Especial Cível**. Disponível em <https://juridocerto.com/p/edinei-barbosa/artigos/mitigacao-das-garantias-do-devido-processo-legal-no-juizado-especial-civel-449>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

A possibilidade de conversão da sessão de conciliação em audiência de instrução e julgamento, a colheita da prova pericial de forma simplificada, a possibilidade de realização de inspeção judicial são exemplos da aplicação do princípio nos Juizados Especiais Cíveis.

Todos são deveras controversos, tendo em vista que implicam em cerceamento de defesa. A concentração das audiências implica na falta de prazo na apresentação da contestação. Pois, logo após a conciliação, deve-se apresentar a defesa, sem tempo hábil, portanto para a sua elaboração. O que prejudica deveras o reclamado, como salientou-se aqui.

A colheita de prova de forma simplificada cuja avaliação das provas fica ao arbítrio do juiz ou do conciliador constitui claro cerceamento de defesa, pois implica em deixar de apreciar uma prova que possibilite a alteração de um julgamento precipitado injusto, sendo assim, cabível a anulação da sentença prolatada pelo Juiz. Conforme Rosso:

Quando um Juiz deixa de apreciar uma prova, traz à lide uma profunda insatisfação, tendo em vista que, além de causar uma séria insegurança quanto à observância da imparcialidade, em virtude de sua decisão precipitada e eivada de inconstitucionalidade, tendo em vista que, deixou de observar um princípio fundamental expresso na nossa Carta Magna, qual seja, a ampla defesa, implicando em nulidade da sentença prolatada.³⁵

Quanto a gratuidade, é certo que a ausência de custas produz maior acesso ao judiciário, posto o valor de tais despesas ser significativo, ainda que tais custas sejam aplicadas em grau de recurso. Porém, incumbir os ônus sucumbenciais apenas ao recorrido, implica em claro favorecimento ao reclamado e mais uma vez constituindo em cerceamento da defesa do reclamado.

Não é certo buscar uma celeridade processual mediante o desfavorecimento de uma das partes. É claro hoje que há uma desvalia do

³⁵ ROSSO, Jandira Inês Weber de, **O enaltecimento do princípio da celeridade processual e a injustiça institucionalizada pelo cerceamento de defesa nos Juizados Especiais.** Disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53121/o-enaltecimento-do-principio-da-celeridade-processual-e-a-injustica-institucionalizada-pelo-cerceamento-de-defesa-nos-juizados-especiais>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

reclamado frente ao reclamante no procedimento do Juizado Especial, pois concentrar atos, isentar as custas e outros privilégios deste procedimento só agrada uma das partes enquanto outra tem seu campo de defesa reduzido, cerceado e minimizado.

Recorde-se o ensinamento de Barbosa Moreira:

Se uma Justiça é lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.³⁶

Não se deve nesse caso empregar a máxima Maquiavélica dos fins que justificam os meios. Para ter-se um processo célere não é necessário dispor de direitos básicos, neste contexto, a ampla defesa, cujos moldes da Lei dos Juizados Especiais provoca grande cerceamento.

2.2.6 Princípio da celeridade

O ponto de torque da Lei dos Juizados Especiais é justamente a promoção da celeridade. É o fim em si desta norma. Por este motivo, há concentração de atos, também a simplificação e informalização dos procedimentos, e se eleva a economicidade a um dos princípios fundamentadores desta Lei.

A celeridade processual é o maior atrativo desta lei, a qual deveria, com rapidez, garantir uma efetiva prestação jurisdicional, o que, para tanto, pressupõe a segurança jurídica das decisões.

Mas ocorre que tal premissa não procede. Muito além de uma justiça rápida, necessita-se de uma justiça justa. O que está longe de acontecer pelos moldes da Lei 9099/95. Tendo em vista incorrer inúmeras vezes em cerceamento de defesa e privilegiar o reclamante claramente em detrimento do reclamado, pois não se permite, nesse procedimento, a intervenção de terceiro ou de assistente. Nesse caso, o julgamento célere pode implicar em cerceamento de defesa.

Conforme Weber:

³⁶ MOREIRA, José Carlos, **O futuro da Justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr-jun 2001, p.232.

Infelizmente alguns julgadores deixam de observar o que é melhor para os litigantes, e, na ânsia de buscar a prestação jurisdicional no menor tempo possível, acabam decidindo de forma apressada e equivocada, incorrendo em julgamentos injustos e eivados de nulidades.³⁷

Seguir-se-á a este o capítulo que cuidará dos pormenores do cerceamento de defesa os quais apenas vislumbramos nos princípios informativos do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis.

CAPÍTULO 3 – CERCEAMENTO DE DEFESA NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Aborda-se, nesse momento, a questão cerne desta pesquisa, qual seja, o cerceamento de defesa no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Nesse sentido, os principais pontos falhos da lei são esmiuçados para chegar-se à conclusão que existe realmente um cerceamento de defesa provocado, ora pela Lei 9.099/95, ora pelos julgadores que não seguem estritamente o determinado em lei. Isto porque, na busca de celeridade e simplificação, como restará provado, exauriram a ampla defesa e o contraditório pendendo a balança da justiça em benefício do reclamante favorecido sobremaneira por esta lei.

Mormente o prejuízo dos princípios constitucionais essenciais ao processo, continua-se a aplicar a lei dos juizados especiais, e, com a faculdade de realizar audiências por videoconferências esvazia-se um tanto mais a ampla defesa e contraditório. Haja vista que determina a realização da audiência ainda que sem o reclamado, que, nessa situação, é julgado à revelia.

Assim, a lei cuja prioridade seria acelerar, acaba por se imiscuir do papel de realizar a justiça, pois, termina por proporcionar julgamentos parciais e decisões tendenciosas. É o que veremos no desenvolvimento do capítulo.

3.1 INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

³⁷ ROSSO, Jandira Inês Weber de, **O enaltecimento do princípio da celeridade processual e a injustiça institucionalizada pelo cerceamento de defesa nos Juizados Especiais.** Disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53121/o-enaltecimento-do-principio-da-celeridade-processual-e-a-injustica-institucionalizada-pelo-cerceamento-de-defesa-nos-juizados-especiais>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

Conforme pontuado no capítulo anterior, os Juizados Especiais visavam proporcionar a efetividade do Direito de Ação, porém, não somente isto, visavam desafogar a Justiça Comum. Mas até que ponto este Direito de Ação é realmente efetivado, pois, o que passou a acontecer rotineiramente nos Juizados, é que, as partes ficaram desassistidas.

A Constituição Federal em seu art. 133, preconiza que o advogado é indispensável à administração da justiça, não obstante, sob a faculdade de democratizar o acesso à justiça, a Lei 9099/95, prevê que a parte pode comparecer independente de advogado para adentrar ao judiciário, nas causas de valor inferior à vinte salários mínimos.

Importante ressaltar a presença da Defensoria Pública como um “braço de apoio” para as partes, mas existe limitação para receber o atendimento pelo órgão é o fator econômico.

A Defensoria Pública atende somente as partes que se enquadram nos requisitos, qual seja:

O assistido não pode ter uma renda familiar superior a 3 salários mínimos, o que tem que ser demonstrado por meio de comprovantes de pagamento, carteira de trabalho ou contratos empregatícios.

Assim, não são todas pessoas que podem ter o auxílio da Defensoria, então como que a parte irá exercer o *Jus Postulandi*, assegurado o seu direito de contraditório e ampla defesa e com todas as peculiaridades necessárias à sua causa em particular e elaborar uma peça com os requisitos e a fundamentação ideal para exercer seu direito de ação?

Fato é que, independente das decisões proferidas no sentido de reconhecer a constitucionalidade da dispensabilidade do advogado, inclusive no julgamento da ADIN já citada, que foi proposta pela OAB, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o STF afirmou ser a norma de dispensa compatível com o panorama constitucional, ocorre que, é inerente o cerceamento de defesa vislumbrado no âmbito dos juizados especiais.

A despeito de tais argumentos, vale o questionamento, o papel do advogado

é indispensável, dado que o cotidiano dos juizados demonstra que há extrema carência nas peças iniciais, muitas desistências e caso não desistam, posteriormente, há a imposição à parte que, caso queira recorrer, necessita de representação advocatícia.

Existem muitas peculiaridades em cada ação ajuizada, desde a formulação do pedido até mesmo na explanação das ideias inerentes à causa de pedir.

Posto isto, se mostra necessária e eminente a necessidade do advogado, já que as partes não detêm os conhecimentos técnicos necessários para litigar totalmente desassistidas em juízo, mesmo com as facilidades empregadas no rito processual, lembrando que, caso a parte não consiga narrar adequadamente a causa de pedir, em consonância com os pedidos, tal petição restará inepta.

Insta ressaltar que, isto é o que limita o juiz ao conhecimento sobre a causa, então, é muito importante que seja feito adequadamente, daí que o juiz aferirá se acolhe ou rejeita o pedido do autor.

As partes devem realizar os atos processuais em conformidade com o rito processual, mas sem o devido conhecimento e a orientação, não há que se falar em conformidade processual.

Através dos atos processuais são realizados os atos jurídicos praticados pelos sujeitos do processo.

Os atos processuais podem ser realizados tanto pela parte, quanto pelo órgão jurisdicional, sendo estes últimos, o juiz e os auxiliares da justiça.

Dentre os atos processuais das partes, podemos considerar os; postulatórios, dispositivos, instrutórios e reais. Uma parte que não tem conhecimento judicial, sequer sabe que deve realizar tais atos, muito menos a forma como fazê-los.

Segundo os doutrinadores Chini e Flexa³⁸ os atos das partes podem assim ser conceituados:

Os atos postulatórios das partes podem ser divididos em pedidos, que tem cunho de direito material, e requerimentos, com natureza processual. Assim, a condenação do réu é um pedido, enquanto a

³⁸ CHINI, Alexandre, FLEXA, Alexandre, COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Borring, Couto, Marco. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 2 ed. Salvador: JusPodivm 2019, p. 117.

produção de prova é um requerimento.

Atos dispositivos importam em renúncia todo ou parte de um direito material ou processual. Serão unilaterais quando dependem da vontade de apenas uma das partes (como a confissão, por exemplo), enquanto que os bilaterais dependem da manifestação de vontade de ambas as partes situadas nos dois polos da relação jurídica processual, como a transação.

Atos instrutórios prestam-se a preparar o juízo para que ele possa prestar tutela jurisdicional, podendo ser tanto as alegações das partes quanto as provas produzidas no processo. Por fim, os atos reais, que não comportam subdivisão, são aqueles que importam em uma atividade física das partes, como comparecer a uma audiência, prestar depoimento pessoal, por exemplo.

O primeiro ato a ser realizado pela parte é a produção da petição inicial, sendo o modo que apresentará a demanda em juízo.

Para os doutrinadores³⁹ a petição inicial deve atender os requisitos do art. 14 da Lei, em absoluta sintonia com o CPC, observada a flexibilização do art. 2º da Lei 9.099/95

Na sistemática processual estabelecida pela lei processual, os requisitos da petição inicial, apta a instaurar o processo e permitir o seu desenvolvimento válido, encontram-se nos arts. 319 e 320 do CPC. A petição inicial deve ser dirigida ao juízo (art. 319, I, do CPC), e as partes devem ser qualificadas (art. 319, II, do CPC), ou seja, identificadas pelo nome e suas qualificações. Caso o autor não consiga indicar todos os elementos qualificadores do réu, não se pode indeferir a petição inicial por falta de requisitos essenciais, pois se estaria negando ao autor o próprio acesso à justiça, violando-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, devendo o juiz empenhar esforços para qualificar o demandado.

[...]

A petição inicial deverá narrar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, de forma sucinta, ou seja, deve conter a descrição dos fatos que compõem a *causa de pedir* (*próxima e remota*) e o raciocínio jurídico desenvolvido (fundamentos jurídicos), que, embora sejam requisitos da peça inicial, não compõem a causa de pedir...

Assim, como podemos afirmar que o autor terá noção da complexidade jurídica de uma peça, ao ponto de conseguir formulá-la desenvolvendo os fundamentos jurídicos consubstanciados com os fatos?

³⁹ CHINI, Alexandre, FLEXA, Alexandre, COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Borring, Couto, Marco. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 2 ed. Salvador: JusPodivm 2019, p. 127.

Alguns juizados dispõem de um núcleo de redução a termo e distribuição nos fóruns, estes núcleos funcionam como uma assistência gratuita para que a parte possa desenvolver sua peça inicial e peticionar.

Ocorre que, com a grande demanda e as peculiaridades do direito alegado, estes servidores que ajudam as partes, não conseguem ou muitas vezes não detêm o conhecimento que possa “substituir” um patrono.

Em muitas das vezes, a parte retira um modelo da internet, ou um modelo disponibilizado pelo juizado e adequa ao seu caso em particular, ficando descoberto dos devidos argumentos e fundamentações.

Sem o patrocínio que a ação merece, não há o que se falar em princípios assegurados, é preciso atenção a estas situações de vulnerabilidade processual, o litigante suscetível ao impedimento de praticar certos atos processuais e que decorrem de uma limitação involuntária.

No tocante à vulnerabilidade, é imperioso reconhecer que, se de um lado existe esta previsão de dispensa do patrono, visando diminuir os gastos e acelerar o processo, por outro, é inegável que o litigante sem patrono e sem as informações jurídicas necessárias fica vulnerável no sentido técnico, que é o cerne da ação judicial.

Segundo o art. 9º, § 2º, da Lei 9.099/95, o Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar, mas como se percebe, é um alerta, uma faculdade.

Fernanda Tartuce⁴⁰ pontua que

Quem atua nos Juizados sem advogado defronta-se com afirmações em juízo que muitas vezes não consegue decifrar. Não é incomum que, infrutífera a conciliação, haja questionamento sobre o interesse na produção de provas; a parte sem advogado pode dizer que não o tem (por não entender bem no que isso implica, por já considerar os fatos provados para si ou outras razões), ignorando que a produção deve ser feita em juízo. Em certa causa que tramitou no Distrito Federal houve questionamento sobre situações como essa em relação à falta de

⁴⁰ TARTUCE, Fernanda, Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de-litigantes-sem-advogado-nos-juizados.pdf>. Acessado dia 25 de março de 2020.

isonomia.

Na demanda a parte autora atuava sem advogado, enquanto a ré, pessoa jurídica, constituiu patrono. O pedido inicial foi rejeitado por falta de prova do fato constitutivo; o autor recorreu alegando falta de paridade de armas e requerendo a anulação do feito desde a audiência de conciliação por vislumbrar desrespeito ao devido processo legal e à isonomia.

Entendeu o julgador que no formulário padronizado consta advertência para que a parte, querendo, busque um advogado:

(...) 3. No caso, não consta o requerimento do recorrente para assistência por advogado, bem assim a negativa no Juízo de origem. Ademais, o formulário padronizado da Central de Apoio aos Juizados Especiais orienta, entre outros, que o usuário deve contratar advogado ou procurar a Defensoria Pública ou os Núcleos de Prática Forense das Faculdades de Direito, quando necessitar de assistência advocatícia para o acompanhamento do seu processo. Assim, mesmo antes da audiência de conciliação, o recorrente tinha conhecimento de que devia procurar assistência jurídica, se não possuía condições de proceder à sua defesa. 4. Recurso conhecido e não provido. 5. Parte recorrente vencida deve ser condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados no caso em 10% do valor corrigido da causa, nos termos do artigo 55 da Lei nº 9.099/95. Contudo a exigibilidade da cobrança das custas e dos honorários ficará suspensa no prazo da Lei nº 1.060/50, em razão da gratuidade de justiça. (TJDF; Rec 2010.01.1.211160-3; Ac. 514.644; Terceira Turma Recursal; Rel. Juiz Fábio Eduardo Marques; DJDFTE 27/06/2011; Pág. 203)

Mais que simplesmente constar no formulário que a parte pode buscar um advogado, vale a advertência em audiência sobre a mesma possibilidade.

Ademais, o silêncio ante o formulário em relação à opção de assistência por advogado não pode ser considerada renúncia a esse direito. A decisão do TJ-DF viola o direito previsto no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.099, cuja renúncia deveria ser expressa no momento da audiência. Ademais, como já afirmado, notando o magistrado que a parte não identificou corretamente os fatos relevantes, a paridade somente seria atingida com a advertência a respeito e a oportunidade de demonstrar corretamente tais fatos em audiência subsequente.

Conclui-se que o advogado é de suma importância, não só para a parte, mas para a justiça de uma forma geral. Mesmo que os direitos pareçam estar sendo postos em práticas e não só positivados, fica vislumbrado que o *jus postulandi* está em afronta direta com a isonomia e o cerceamento de defesa.

O litigante vulnerável não tem a noção do desequilíbrio, apesar de insatisfeito ao final da demanda, nem identifica qual foi o empecilho e a falta

técnica de sua defesa.

3.2 DA INEXISTÊNCIA DE AMPARO ESTATAL

Por fim, vamos analisar o amparo estatal ao hipossuficiente jurídico nos tribunais judiciais especiais. A lei 9099/95 não concede tão só assessoria jurídica àquele considerado hipossuficiente econômico, em razão da imensa limitação do hipossuficiente jurídico na salvaguarda dos interesses envolvidos, a lei não se olvidou de mencionar este que também sofre cerceamento de defesa. Segundo Martins, o acesso à Defensoria Pública não deve ser concedido à parte quando não enquadrada nos casos de utilização da justiça gratuita. Vejamos:

O fato de a parte contrária estar assistida por advogado ou ser a parte Ré pessoa jurídica ou firma individual não condiciona a atuação da Defensoria Pública que encontra-se adstrita na esfera cível à miserabilidade jurídica de seu patrocinado. Ora, qualquer outra interpretação que se confira à norma ainda que com intuito de preservar-se a igualdade entre as partes fere o diploma legal da Lei 1.060/50, art. 4º e, ainda, o mandamento constitucional insculpido nas normas do Art. 5º, LXXIV e Art. 134, CR., criando nova função atípica do Defensor Público: atuação na área cível adstrita à outra parte estar patrocinada por advogado ou em função de sua qualidade: pessoa jurídica ou firma individual.⁴¹

Ora, mais uma vez, conforme acima citado, verifica-se um cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, extraído da parte contrária o seu direito primordial a uma defesa técnica. Pois é sabido que a parte contrária não abrirá mão deste direito deixando visivelmente a balança da justiça pendente para um dos lados.

Nesse sentido Rossi confirma tal entendimento: “A falta de serviço de assistência jurídica ou a deficiência desse serviço, inegavelmente, contribuem para uma depreciação na qualidade do serviço prestado pelo Juizado”.⁴² Uma das partes estará sempre em deficiência com relação à outra. Pois uma terá ao seu lado um

⁴¹ MARTINS, Daniella Calandra. A Assistência Judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública. Disponível em <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art01.htm>, Acessado dia 30 de março de 2020.

⁴² ROSSI, Dieyne Morizi, O Juizado Especial Cível Como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>, Acessado em 30 de março de 2020.

profissional do Direito para realizar uma defesa técnica enquanto a outra, sem qualquer conhecimento jurídico, procurará defender-se da maneira menos sacrificante possível.

Para Martins o direito a valer-se da Defensoria pública deve ser irrestrito, senão vejamos:

O art. 56 da Lei 9.099/95 dispõe que, instituído o Juizado Especial Cível, serão implantadas as curadorias necessárias e o serviço de assistência judiciária. Por sua vez, o §1º do art. 9º da mesma Lei facultam as partes requerem a assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local, se a outra parte comparecer acompanhada de advogado ou for pessoa jurídica ou firma individual. Desta forma, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis a assistência judiciária deve ser concedida de forma ampla e ilimitada, tanto ao hipossuficiente econômico quanto ao jurídico

Mormente a previsão da lei em epígrafe prever a concessão irrestrita de defensor, o que presenciamos é que o acesso a este se restringe, tão somente, ao hipossuficiente econômico. Segundo depreende-se do texto a seguir de Anselmo Pietro Alvarez⁴³, necessitados não são somente os hipossuficientes econômicos:

(...)necessitados não são somente os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica diferenciada por incapacidade de fazer valer seus interesses de forma individual, dentre os quais, se destaca o pequeno litigante nos novos conflitos surgidos numa sociedade de massa, especialmente os de consumo de pequena monta ou menos complexidade, que estariam excluídos de análise do Poder Judiciário, caso não houvesse o procedimento do Juizado Especial isentando o cidadão de dirigir-se ao órgão jurisdicional a quo, com advogado, sendo ainda que, caso a parte contrária compareça com patrono, o Estado lhe fornecerá profissional do Direito, por ele custeado, exonerando-o do pagamento de despesas e custas processuais, além de honorários advocatícios, nos termos dos artigos 9º e 54, caput, da Lei nº. 9.099/95.

Contudo, seguem acórdãos em que o Supremo solicita de uma fundação a comprovação efetiva de insuficiência econômica:

⁴³ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/moderna.htm>. Acessado em: 30 de março de 2020.

DECISÃO: A presente ação cautelar veio a esta Presidência para apreciação do pedido de assistência judiciária (RISTF, art. 13, V, a).

Verifica-se que a requerente, Fundação O Pão dos Pobres de Santo Antônio, é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. No tocante às entidades dessa natureza, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido que o pedido de justiça gratuita seja acompanhado de detalhada **comprovação da efetiva insuficiência de recursos financeiros**. AC 2024 / RS - RIO GRANDE DO SUL Relator: Ministro Gilmar Mendes. (Grifo nosso)

Decisão: Assistência Judiciária gratuita. Alegação de revogação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50 pelo artigo 5º, LXXIV, da Constituição. Improcedência. - A atual Constituição, em seu artigo 5º, LXXIV, inclui, entre os direitos e garantias fundamentais, o da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos que **comprovarem a insuficiência de recursos**. - Portanto, em face desse texto, não pode o Estado eximir-se desse dever desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando a facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário que é também direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Carta Magna), conceda assistência judiciária gratuita -que, aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral - mediante a presunção "iuris tantum" de pobreza decorrente da afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. - Nesse sentido tem decidido a Segunda Turma (assim, a título exemplificativo, nos RE 205.029 e 205.746). Recurso extraordinário não conhecido. RE 204305 / PR - PARANÁ Relator Ministro Moreira Alves. (Grifo nosso)

Os acórdãos apresentados, corroboram a ideia de que a justiça gratuita somente deve ser concedida ao hipossuficiente econômico “que comprove efetiva falta de recursos financeiros” ou “insuficiência de recursos” deixando desvalido o hipossuficiente jurídico. Nesse sentido, indo contra o vigente na própria lei dos juizados especiais. Verifica-se, assim, um patente cerceamento de defesa, tendo em vista, que desassistida por seu advogado, a parte restará em verdadeira desvantagem com relação a outra, que conta com seu patrono.

Portanto, devido a inexistência de amparo estatal, muitos não têm acesso à Justiça Especial que deveria “facilitar” o acesso ao judiciário, pois ao arrepio do constante na lei 9099/95, somente há concessão de Justiça gratuita ao hipossuficiente econômico, o que deixa em pleno desamparo pessoas físicas e jurídicas a quem falta o esteio de uma defesa técnica.

Deve-se registrar o § 1º, do art. 9º, dessa lei, no qual vige que: “Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local”. Por que razão, portanto, seguem os magistrados a descumprir o que dita a lei?

Em tese, o dispositivo acima deveria assegurar paridade de armas entre as partes. Porém, é o que deveria ocorrer na norma, no mundo do dever-ser, no mundo do ser as audiências decorrem de forma bem diversa, segundo Machado⁴⁴:

Isto porque considerando que a Defensoria Pública deveria, como lhe garante a Constituição da República, garantir o exercício do direito do necessitado de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, da CR), na defesa da violação de um direito em tese, e assegurar uma assistência jurídica integral (art. 5º, LXXIV, da CR), fácil é aferir a razão do descontentamento da população com este serviço estatal. Impende consignar que tal órgão não consegue cumprir essa função devido à falta de estrutura material, do número insuficiente de profissionais, principalmente de defensores, enfim, em razão da ausência dos instrumentos necessários ao atendimento merecido pela população que procura a assistência jurídica estatal.

A assistência judiciária gratuita tem o condão de devolver a igualdade entre as partes para o processo, contudo, no processo especial cível, o tratamento igualitário pode não resultar em igualdade. Nesse sentido vamos lembrar a lição de Rui Barbosa em que revela que tratar igualmente aqueles que são diferentes é propagar a desigualdade. Ante a inexistência do amparo estatal aos hipossuficientes sejam estes econômicos ou aos quais faltem defesa técnica, a proposta primeva de facilitar o acesso à justiça àqueles a quem esta sempre faltou fica tão somente na bela letra da norma, sem, contudo, ser posta em prática realmente. São normas, atualmente, sem efetividade, mas que no cerne de sua criação buscavam promover a justiça.

⁴⁴ MACHADO, Antônio Rafael Longhi, A Assistência Jurídica Gratuita nos Juizados Especiais Cíveis, *In: Revista dos Juizados Especiais – TJDF*, Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/33150/A%20Assist%C3%Aancia%20jur%C3%ADdica%20gratuita%20nos%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis.pdf?sequence=1>. Acessado em 30 de março de 2020.4

3.3 CERCEAMENTO DE DEFESA NA LEI QUE POSSIBILITA A REALIZAÇÃO DE CONCILIAÇÕES NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL VIA VIDEOCONFERÊNCIA.

A Lei nº 13.994 que entrou em vigor em 24 de abril de 2020 é uma das teratologias que vez em quando surgem no Direito. Ela permite que as conciliações no Juizado Especiais Cíveis sejam realizadas por videoconferência. Faculta, assim, o uso da tecnologia, mas promete penalizar o reclamado que não aceitar a “alternativa” da realização da conciliação por videoconferência. Senão, vejamos, no texto da lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Art. 2º Os arts. 22 e 23 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com as seguintes alterações: § 1º Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado mediante sentença com eficácia de título executivo.

§ 2º É cabível a conciliação não presencial conduzida pelo Juizado mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real, devendo o resultado da tentativa de conciliação ser reduzido a escrito com os anexos pertinentes.

“Art. 23. Se o demandado não comparecer ou recusar-se a participar da tentativa de conciliação não presencial, o Juiz togado proferirá sentença.”

Ora é uma questão no mínimo conflitante, possibilitar a conciliação e apenar com o proferimento da sentença à revelia do demandado que se recusar a participar da conciliação virtual. Como se exigir algo desta monta em um país em que nem todos advogados possuem os equipamentos necessários para realizar tal conciliação? E como fazer tal exigência das partes em um país em que a maioria da população não tem condições de possuir um computador ou, mesmo, acesso à internet?

A lei 9099/95 que já constituía diploma cujo cerceamento de defesa dos demandados era flagrante, com tal modificação, restou bastante claro que o propósito desta norma é prejudicar o reclamado de modo que quando acusado,

não possua a mínima condição de se defender. O propósito de um Juizado é depurar a justiça e não a decretar sem um justo julgamento.

Decidir à revelia do demandado quando este não possuir os recursos tecnológicos necessários para participar de uma conciliação em vídeo-conferência configura excessiva severidade em um país em que acesso a rede mundial de computadores não compreende sequer a maioria de seus habitantes.

O uso da tecnologia somente é um avanço quando todos a ela tem acesso. Julgar as condições da população de um país continental como o Brasil balisando-se em exemplos regionais é um erro crasso. Ainda mais, podendo incidir (como implica) em cerceamento de defesa, mais uma vez, verificado no bojo da Lei 9099/95.

4 CONCLUSÃO

Após o estudo efetuado sobre a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não se pode concluir que a lei foi profícua para ambas as partes envolvidas no litígio. O objeto desta pesquisa era chegar-se às consequências da Lei supra, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese que se questionava era se havia cerceamento de defesa em razão da aplicação da lei em epígrafe.

Como se esperava, em se tratando das relações entre as partes, a lei, forçosamente, pende a balança de Têmis para o lado do reclamante, favorecido sobremaneira por esta lei.

Por tal razão foi abordado, no primeiro capítulo, os princípios constitucionais que ora se aplicam também ao Direito Civil e Direito Processual. Dentre eles elenca-se o Princípio da ampla defesa e contraditório, que é de supra importância no Direito Processual. Explanou-se nesse capítulo que os princípios não são estáticos, devem ter aplicação ponderada havendo colisão entre eles. Acentua-se: ponderada. Não o exaurimento completo de um em prol de outro.

Ocorre que, como foi visto no capítulo seguinte, qual seja, o destinado aos princípios que regem a lei 9099/95, não se encontra tal princípio. Nesse momento, questiona-se, por que razão? Ora, por ter, este princípio, sido exaurido nesta lei em favor de celeridade e simplificação.

Tenta-se dar um aspecto de equidade, mas com o estudo efetivo da lei e diversos pontos em que restou claro o cerceamento de defesa do reclamado. Não há como dar crédito ao Princípio da equidade ou do julgamento equânime. Não é por outra razão que dispensam a defesa técnica e o patrono, parte essencial da justiça, bem como, não conferem assistência de advogado quando há hipossuficiência jurídica na relação processual e, por fim, imputam a necessidade de submeter-se o reclamado a um julgamento por videoconferência sob a pena de ser julgado à revelia.

A constituição de 1988 exalta o princípio da igualdade, cuja melhor definição encontra-se na frase de Rui Barbosa, outrora citada neste trabalho, qual seja, “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. A lei dos juizados especiais cíveis, acentua a desigualdade patente, pois tenta nivelar partes em situações diversas.

Primeiro, a necessidade do advogado no processo é princípio que não pode ser suprimido em favor do acesso à justiça, o que pode ser tão desastroso quanto conferir um rifle a um jovem soldado sem ensiná-lo a atirar. Com certeza, ocorrerão prejuízos inestimáveis tanto para o soldado quanto para quem convive com este. O advogado é parte inerente ao processo.

Não é por menos que a Constituição de 1988 ressalta em seu artigo 133 a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, senão, vejamos: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Ora, por que razão então suprimi-lo no bojo do Juizados Especiais Cíveis? Senão para minorar a possibilidade de defesa por parte do reclamado?

Segundo, quando a parte é hipossuficiente na relação jurídica, assim devendo ser declarado pelo Juízo, é dever do Estado conceder-lhe a assistência de patrono. Mas, também, este não lhe é conferido, deixando a parte desassistida em juízo, sem possibilidade de defesa, o que implicará em decisões de evidente parcialidade.

O advogado não exerce simplesmente uma profissão, mas um múnus público de postular em lugar do cidadão. Assim acintosa é a deliberada supressão da defesa técnica nas situações acima elencadas em que se fariam essenciais à

produção de decisões realmente justas.

A advocacia é essencial a um Estado Democrático de Direito. Não podendo ser dispensado advogado em prol de um pretensão acesso à justiça ou mera celeridade. A rapidez das relações processuais, conforme já alardeado, pode implicar em afronta a isonomia que deve ser mantida em todas as fases processuais.

Uma defesa deficiente pode implicar em decisões que façam o indivíduo ser injustamente desvalido de seus direitos. Ora, em um país em que o ensino superior é um privilégio de poucos, como garantir que pessoas leigas possam realizar uma defesa de qualidade comparável à de um advogado?

Mormente o posicionamento da Advocacia Brasileira, mediante manifestações da Ordem dos Advogados do Brasil, não existem, ainda, planos para a adequação da Lei dos Juizados Especiais ao texto constitucional que postula a exigência do patrono na relação processual. Porém, espera-se que, mediante o posicionamento da doutrina, possa-se provocar alguma comoção para a reforma urgente do referido diploma legal.

Outra questão abordada nessa pesquisa, foi a recente inovação na lei dos juizados especiais que possibilita a realização de audiências de conciliação por videoconferência. Como mera possibilidade, acentua-se, é uma medida que pode vir a ser aplicada. A questão, que desvirtua totalmente a função da conciliação, ou seja, conciliar, harmonizar as necessidades das partes é a aplicação da revelia ao reclamado que não consentir com a “proposta” de realizar a audiência por videoconferência.

O Brasil é um país marcado pela desigualdade. Enquanto há comarcas onde é fácil a utilização de equipamentos modernos de informática, outras, muitas vezes, sequer um computador possuem. Também, quanto a advogados, é uma exigência um tanto esdrúxula que um casuístico com pouco tempo de experiência possua o efetivo que lhe permita equipar o escritório com tais equipamentos que possibilitem a realização de audiências por videoconferência.

Assim, constitui claro cerceamento de defesa, imputar à revelia ao reclamado cujas condições financeiras não o permitam contratar um advogado que possua toda a estrutura condizente com o novo texto do diploma da lei 9099/95.

Não é justo, não é correto, é coercitivo e descabido.

O processo foi criado em seu cerne para preservar o contraditório e a ampla defesa, princípios que não podem ser desvirtuados em nome de uma pretensa celeridade e acesso à justiça que em realidade não ocorrem. Subtraindo do processo tais princípios, ele deforma-se em um procedimento inquisitivo em que não se dá voz ao reclamado que não possui sequer possibilidade de defesa.

O processo nos Juizados Especiais Cíveis está, cada vez mais, assemelhado ao que “K.” respondia no livro “O processo”. Segundo destaca-se desta obra de Franz Kafka, “alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum...”⁴⁵. A obra já se inicia com a prisão de K, sem nenhuma explicação e de forma totalmente arbitrária.

K, nesse ínterim, tenta sair do quarto e é impedido: “Não – retrucou o homem que estava junto à janela, deixando o seu livro sobre uma mesinha e pondo-se de pé.

– Você não pode sair está detido”. Esta passagem descreve a tentativa de Joseph em avaliar o que está acontecendo e como não encontra resposta coerente alguma, tenta sair de casa.

Logo em seguida, o oficial que veio comunicar sua detenção o impede de sair do quarto. Diante dessa situação, Joseph indaga: “por que estou detido?”. A resposta que escuta é simplesmente injusta: “Não me cabe explicar isso. Volte para o seu quarto e espere ali. O inquérito está em curso, de modo que se inteirará de tudo em seu devido tempo”⁴⁶.

É o que entendemos pela condição de julgar à revelia aquele que não possui condições para efetuar uma audiência de conciliação por videoconferência. É uma exigência estapafúrdia em um país com tamanho número de miseráveis que é o Brasil. É basear-se apenas nas condições do centro-sul esquecendo-se do norte-nordeste cujas situações são completamente opostas.

Diante deste quadro, não se pode chegar à outra conclusão senão que há exatamente cerceamento de defesa nos Juizados Especiais Cíveis. Pois, ao invés de coadunar celeridade com ampla defesa e contraditório, apaga os últimos em favor

⁴⁵ KAFKA, Franz, O Processo, São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 7.

⁴⁶ KAFKA, Franz, O Processo, São Paulo: Folha de São Paulo, 2003. p. 9.

do primeiro. Ainda que implique em parcialidade.

Portanto, mesmo que favoreça o reclamante e desmereça o reclamado. Sem auxílio, sem defesa, este é sentenciado logo no início da relação processual. Pelo simples fato de ser o reclamado. A quem recai apenas o opróbrio e, por fim, o peso da decisão, que desde a proposta da exordial, já pendia em seu desfavor.

REFERÊNCIAS:

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma Moderna Concepção de Assistência Jurídica Gratuita**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/moderna.htm>. Acessado em: 30 de março de 2020.

BARBOSA, Edinei, **Mitigação do Devido Processo Legal no Juizado Especial Cível**. Disponível em <https://juridicocerto.com/p/edinei-barbosa/artigos/mitigacao-das-garantias-do-devido-processo-legal-no-juizado-especial-civel-449>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, São Paulo: Hedra, 2009.

BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11.1.1973). Ministro da Justiça Alfredo Buzaid. **Código de processo civil**/organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 25ªed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

CHINI, Alexandre, FLEXA, Alexandre, COUTO, Ana Paula, ROCHA, Felipe Boring, Couto, Marco. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2 ed. Salvador: JusPodivm 2019.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil (1988), Capítulo - III – DO PODER JUDICIÁRIO, art. 98. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

DIAS, Isabelle da Silva Scisínio, **A Ilegalidade da Supressão da Audiência de Instrução e Julgamento nos Juizados Especiais Cíveis** in *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 15, Turmas Recursais, Sistema dos Juizados Especiais*, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 182-183.

HERMANN, Ricardo Torres, **Juizados Especiais Cíveis – Princípios Informativos de seu Microssistema e as Garantias Constitucionais do Processo**. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000022.pdf>. Acessado em 16 de fevereiro de 2020.

KAFKA, Franz, **O Processo**, São Paulo: Folha de São Paulo, 2003.

LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS (Lei 8.099/95) -Seção II – Artigo 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

LIMA, Isan Almeida, **Limites jurídicos ao princípio da informalidade no Processo do Trabalho**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/14738/limites-juridicos-ao-principio-da-informalidade-no-processo-do-trabalho>. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

MACHADO, Antônio Rafael Longhi, **A Assistência Jurídica Gratuita nos Juizados Especiais Cíveis**, In: Revista dos Juizados Especiais – TJDFT, Disponível em <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/33150/A%20Assist%C3%Aancia%20jur%C3%ADica%20gratuita%20nos%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis.pdf?sequen ce=1>. Acessado em 30 de março de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Daniella Calandra. **A Assistência Judiciária junto ao Juizado Especial Cível e a Defensoria Pública**. Disponível em <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art01.htm>, Acessado dia 30 de março de 2020.

MOREIRA, José Carlos, **O futuro da Justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr-jun 2001.

RANGEL, Tauã Lima Verdan, **Juizado Especial Cível: microssistema de acesso à Justiça ou desvirtuamento da tradição *civil law***. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/juizado-especial-civel-microssistema-de-acesso-a-justica-ou-desvirtuamento-da-tradicao-civil-law/> acessado em 16 de fevereiro de 2020.

ROSSI, Dieyne Morizi, **O Juizado Especial Cível Como Instrumento de Efetivo Acesso à Justiça**. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp076763.pdf>, Acessado em 30 de março de 2020.

ROSSO, Jandira Inês Weber de, **O enaltecimento do princípio da celeridade processual e a injustiça institucionalizada pelo cerceamento de defesa nos Juizados Especiais**. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53121/o-enaltecimento-do-principio-da-celeridade-processual-e-a-injustica-institucionalizada-pelo->

cerceamento-de- defesa-nos-juizados-especiais. Acessado em 17 de fevereiro de 2020.

TARTUCE, Fernanda, **Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Vulnerabilidade-de- litigantes-sem-advogado-nos-Juizados.pdf>. Acessado dia 16 de fevereiro de 2020.

**Clique para voltar
ao Sumário**



COMPLIANCE TRABALHISTA: A CAMINHO DA ÉTICA, DA TRANSPARÊNCIA E DA INTEGRIDADE EMPRESARIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Natália Oliveira Melo e Vanessa Ferreira dos Santos (Orientadora: Profa. Dra. Rúbia Zanotelli Alvarenga)

RESUMO: A presente monografia tem como objetivo demonstrar como funciona a compliance na área trabalhista. Na legislação brasileira, compliance é definido como sendo um mecanismo interno de integridade e ética que deve ser aplicado nas organizações econômicas e no setor público. O compliance envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização. No Brasil, o compliance está prevista na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas. E vai além de barreiras legais e regulamentos, incorporando princípios de integridade e conduta ética. O compliance trabalhista consiste na adequação à norma por meio de ferramentas e adoção de práticas preventivas de demandas judiciais, além de constituição de prova para o êxito das mesmas. No entanto, apesar de ter se originado nas relações empresariais e ter se intensificado após a Lei Anticorrupção, a técnica de compliance também passou a ser usada no âmbito trabalhista, tendo como função a criação de códigos de ética e de padrões de conduta para que sejam cumpridas as leis e as demais normas do Direito do Trabalho. A fim de construir uma relação equilibrada e ética serve para manter o equilíbrio e a conduta adequada dentro da empresa. Por isso, ela é extremamente necessária e essencial para evitar impulsos agressivos dentro do ambiente de trabalho. A ética difere da lei, pois, a sua não observância não gera sanções e sim um descontentamento e reprovação. A lei atinge um comportamento moral que, busca uniformizar um comportamento dentro da sociedade.

Palavras-chave: Compliance trabalhista; Princípios de integridade e conduta ética; Relações de trabalho; responsabilidade do empregador.

ABSTRACT: This monograph aims to demonstrate how compliance in the labor area works. In Brazilian law, compliance is defined as an internal mechanism of integrity and ethics that must be applied in economic organizations and in the public sector. Compliance involves a strategic issue and applies to all types of organizations. In Brazil, compliance is provided for in the Anticorruption Law (Law 12.846 / 2013) and contributed to the strengthening of the implementation of internal controls and compliance programs, since it provides for the objective accountability of the legal entities involved. And it goes beyond legal barriers and

regulations, incorporating principles of integrity and ethical conduct. Labor compliance consists of adapting to the standard through tools and adopting preventive practices against legal demands, in addition to constituting evidence for their success. However, despite having originated in business relations and having intensified after the Anti-Corruption Law, the compliance technique has also started to be used in the labor sphere, with the function of creating codes of ethics and standards of conduct so that they are complied with the laws and other norms of Labor Law. In order to build a balanced and ethical relationship, it serves to maintain balance and proper conduct within the company. Therefore, it is extremely necessary and essential to avoid aggressive impulses within the work environment. Ethics differs from the law, because their non-compliance does not generate sanctions, but a discontent and disapproval. The law affects moral behavior that seeks to standardize behavior within society.

Keywords: Labor compliance; Principles of integrity and ethical conduct; Work relationships; employer's responsibility.

INTRODUÇÃO

O Compliance está previsto na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), sendo aplicável a todos os tipos de organização. Trata-se de um mecanismo de grande importância, pois visa adequá-lo às normas legais e regulares do direito sendo uma ferramenta de implementação para o cumprimento em conformidade às leis trabalhistas, normas e regulamentos no âmbito do trabalho.

O objeto, então, da presente pesquisa tem a finalidade de demonstrar como a adoção do programa, a empresa que estiver em conformidade ao cumprimento das normas trabalhistas passa a ser mais valorizada perante as autoridades públicas, assegurando transparência da empresa perante a sociedade. Sendo que a sociedade tem se tornado cada vez mais exigentes em relação às empresas.

Logo, será abordado como evitar a responsabilização das empresas no âmbito judicial para não haver prejuízos à imagem da empresa, demonstrando a importância da compliance, bem como os limites do poder diretivo do empregador demonstrando que há limites estabelecidos externo e internamente. Também será abordada a sua importância na aplicação de maneira eficaz prevenindo processos judiciais, penalizações e consequentemente evitar custos judiciais.

Na presente pesquisa também será objeto de estudo as situações que levam à violação das obrigações trabalhistas, bem como os casos de abusos no ambiente

de trabalho. Por isso, será demonstrado as consequências do assédio moral, quando ele é praticado por um superior hierárquico contra seu empregado e como evitar essa prática por meio do código de ética e conduta, principalmente pelos canais de denúncia, principal ferramenta na identificação de assédio dentro do ambiente de trabalho, além de identificar fraudes e outros ilícitos, e a importância de estabelecer dentro da empresa regulamentos internos e monitoramento para que seja obtido bom desempenho.

A pesquisa analisa os elementos para eficiência do compliance em relação às práticas sustentáveis, principalmente em combate a prática do assédio moral no ambiente de trabalho, e as medidas que reduzem os custos sociais e desenvolve práticas sustentáveis.

Sendo assim, a pesquisa está dividida em três Capítulos, que se integram à Introdução e à Conclusão, além da seção Referências Bibliográficas.

O Capítulo 1 analisa o conceito e a finalidade do compliance trabalhista, a relação entre cidadania trabalhista e o compliance trabalhista, bem como os limites do poder diretivo do empregador.

No Capítulo 2, por sua vez, analisa-se as razões e a importância de um programa de compliance nas relações de trabalho, que se baseia no Código de ética no local de trabalho e o treinamento de empregados e empregadores. O Capítulo 2 também verifica a importância de um canal de denúncias e do monitoramento por meio de auditorias trabalhistas, o regulamento interno e seus limites e a relação entre o compliance trabalhista e a sustentabilidade na atividade empresarial.

Por último, no Capítulo 3, será demonstrado a adoção do programa de compliance que também passou a ser utilizado na admissão, no curso e após o término do contrato de trabalho, na esfera trabalhista. Será abordado também o comportamento de várias empresas ao exigir antecedentes criminais que configure tratamento discriminatório em relação ao trabalhador, além da fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalhador para que o empregador mantenha o ambiente de trabalho saudável e equilibrado, e da necessidade do seu cumprimento para as empresas.

O Capítulo 3 também possui a pretensão de destacar sobre a economicidade

dos gastos da empresa quando adota uma postura transparente, cumprindo com a legislação e a diminuição em ações trabalhistas e as consequências quando ocorrem violações à legislação trabalhista e à responsabilidade da empresa pelo não pagamento de verbas trabalhistas ou por danos causados a seus trabalhadores, e por fim, as consequências pelo descumprimento do compliance trabalhista.

1 COMPLIANCE TRABALHISTA

1.1 DEFINIÇÃO DO COMPLIANCE TRABALHISTA

Compliance é um termo originário de língua inglesa derivada do verbo “to comply” que significa agir de acordo com uma regra, um comando ou pedido, estar em conformidade, o ato de obedecer a uma ordem, regra ou solicitação.¹

De acordo com Selma Carloto:

Compliance, do dicionário inglês “to comply”, significa agir de acordo com uma regra, instrução, um comando ou pedido, estar em conformidade, o ato de obedecer a uma ordem, regra ou solicitação. A palavra é de origem inglesa e foi incorporada ao uso cotidiano no mundo corporativo brasileiro. Na Espanha se utiliza a palavra “cumplimiento” como sinônimo de compliance.²

Por meio do compliance “a empresa elimina riscos de uma futura responsabilização civil, administrativa e penal, evitando-se a prática de atos ilícitos, corrupção e fraudes”,³ haja vista que, compliance trabalhista “é a adequação não apenas às normas-regras, como às normas-princípios, destacando-se os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal aplicáveis à norma trabalhista”.⁴

Logo, além da adequação à norma, o compliance trabalhista constitui uma cultura que deve partir da alta administração e que deve observar os princípios da ética e da integridade, sendo uma meta a alcançar. A empresa que está em

¹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 18.

² CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

³ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 111.

compliance tem uma meta a alcançar, a qual é atualmente indispensável para a empresa sobreviver, ter perenidade e crescimento, evitando passivos.⁵

Vê-se, assim, que o compliance trabalhista consiste em uma ferramenta que tem como objetivo a implementação de programa para o cumprimento em conformidade às leis trabalhistas, normas e regulamentos no âmbito do trabalho.

Logo, assegura-se a transparência da empresa em relação à sociedade, já que “no mundo corporativo consiste em um conjunto de mecanismo que garantem o cumprimento de normas e políticas. Na legislação brasileira, compliance é definido como sendo mecanismos internos de integridade”.⁶

Nesse sentido:

O compliance envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, visto que o mercado tende a exigir cada vez mais condutas legais e éticas, para a consolidação de um novo comportamento por parte das empresas, que devem buscar lucratividade de forma sustentável, focando no desenvolvimento econômico e socioambiental na condução dos seus negócios.⁷

O descumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à imagem e reputação da empresa, especialmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos. O desrespeito ao meio ambiente, a prática de atos de corrupção pelos dirigentes, a utilização de trabalho escravo e a violação de direitos dos consumidores são exemplos de condutas que podem trazer sérios prejuízos à empresa, com a redução na venda de seus produtos e serviços diante da reprovação social, especialmente quando amplamente difundida na mídia. Portanto, as empresas necessitam cada vez mais desenvolver sistemas internos de controle de seus dirigentes e funcionários para evitar a exposição negativa da empresa⁸.

Observa-se, assim, consoante Selma Carloto que, “a implantação na empresa

⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 111.

⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 24 Abril 2020.

⁸ CORREIA, Henrique. **Compliance Trabalhista**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em: 24 Abril 2020.

de um sistema de compliance vem se demonstrando totalmente benéfica às empresas, já que a conformidade com as regras e as normas, tanto internas como externas, traz credibilidade e evita passivos, multas e sanções para a empresa.⁹

Como ainda observa Selma Carloto:

O compliance é um dos principais instrumentos de governança corporativa, já que a empresa que demonstrar estar em compliance e adotar estes programas de integridade e suas ferramentas para assegurar o cumprimento da norma, como mecanismo de prevenção de riscos, detectando de forma preventiva e com auxílio de uma auditoria, inicialmente, atos ilícitos, além de desvios de conduta de seus colaboradores, empregados, clientes ou fornecedores, poderá tratar, punir, corrigir e eliminar práticas de fraude, descumprimento de regras, atos ilícitos e outros que possam vir a trazer passivos para a empresa, multas, ou elevadas condenações na Justiça do Trabalho, além de danos à sua imagem, com o objetivo sempre de alcançar a perenidade e o sucesso empresarial, já que o compliance está diretamente ligado aos padrões de integridade e honestidade dentro da empresa.¹⁰

No Brasil, o Compliance está prevista na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira.

A implementação do compliance no Brasil se intensificou a partir da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013), que reduz as sanções para as empresas que cooperam com as autoridades na apuração das infrações e que estabelecem procedimentos internos de auditoria e fiscalização, viabilizando a denúncia de irregularidades.

O compliance se coloca como uma ferramenta extremamente útil ao empresário, permite facilitar o cumprimento de regras e previne diversos problemas. E vai além das barreiras legais e regulamentares, incorporando princípios de integridade e conduta ética.

⁹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

¹⁰ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 112

Seguindo ainda o entendimento da ABBI e FEBRABAN o programa de compliance consiste em:

Assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os Riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes. Além de atuar na orientação e conscientização à prevenção de atividades e condutas que possam ocasionar riscos à imagem da instituição.¹¹

Com a adoção do programa, a empresa fortalecerá a honra da pessoa jurídica. Ou seja, as empresas que estiverem em conformidade ao cumprimento das normas passam a ser mais valorizadas perante as autoridades públicas e vista de forma positiva, respeitosa e prestigiada pelos consumidores.

Sob tal prisma, sustentam Coimbra e Manzi:

O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura está imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as organizações. Com efeito, uma organização que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes. A cultura organizacional ligada à ética exerce uma clara influência sobre a integralidade dos funcionários. Assim, quanto mais profunda a cultura de integridade organizacional, menor a incidência de fraudes e outros comportamentos que representam desvios de recursos.¹²

Insta destacar que o surgimento do compliance veio por meio do crescimento desordenado da corrupção, que se tornou um dos maiores problemas da sociedade contemporânea. Razão pela qual, as empresas vêm adotando o compliance trabalhista com intuito de prevenção, bem como minimizar risco na

¹¹ FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessica/Downloads/5090-Texto%20do%20artigo-15865-1-10-2018072>. Acesso em: 25 Mar. 2020.

¹² XAVIER, Daniele Jucá Silveira. Compliance Trabalhista e o Assédio Moral: Proposta de Prevenção de Conflitos Organizacionais. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420190516163908933804/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 30 Mar 2020.

área trabalhista.

Acerca disso, destaca Selma Carloto que “as empresas devem fazer um programa de compliance e de prevenção de passivos, utilizando políticas preventivas, para com uma boa governança alcançarem a perenidade empresarial e assegurar que essas práticas se incorporem de forma definitiva à cultura daquela”.¹³

De acordo com Anaruez Mathies, o compliance no Direito do Trabalho corresponde à adoção de medidas para o cumprimento das leis e regulamentos relativos às relações de trabalho. Porém, ao considerar apenas a relação de emprego, o estudo do compliance tem campo de atuação mais restrito, e inclui o cumprimento por empregados e empregadores de deveres e obrigações previstos na legislação e regulamentos internos e externos.¹⁴

Com o crescimento da implementação do programa do Compliance nas empresas, ele tem como principal objetivo de estruturação prevenir passivos trabalhistas futuros, sendo visto como ferramenta poderosa para blindar a empresa. Desse modo, é estruturado no ambiente corporativo adotando procedimentos que garantam o cumprimento da legislação trabalhista aplicável à atividade da organização.

É preciso destacar que as empresas que adotam o programa Compliance podem adaptá-lo de acordo com as suas necessidades, razão pela sustenta Trapp que:

O programa de compliance consiste na criação e aplicação de políticas e procedimentos internos em uma empresa, os quais, precedidos de um estudo aprofundado da realidade pertinente, devem ser capazes de controlarem (e eliminarem, na medida do possível) os riscos de não compliance (em tradução livre, ‘não conformidade’) que atingem a empresa.¹⁵

Desta forma, a empresa que aderir à iniciativa do programa conforme

¹³ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 25.

¹⁴ XAVIER, Daniele Jucá Silveira. **Compliance Trabalhista e o Assédio Moral: Proposta de Prevenção de Conflitos Organizacionais**. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420190516163908933804/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 30 Mar 2020.

¹⁵ FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessica/Downloads/5090-Texto%20do%20artigo-15865-1-10-2018072>. Acesso em: 25 Mar. 2020.

diretrizes apropriadas, devem treinar seus funcionários para segui-las, observando o cumprimento de todos em conformidade com as leis e regulamentos dos quais a empresa é obrigada a se submeter e que sigam o código de ética e demais práticas de compliance instituídas.

Sendo assim, a empresa que seguir o programa de compliance fielmente, acaba evitando as multas por ilicitudes, agrega valor ao mercado, melhorando a visibilidade e reputação da sua marca, trazendo investidores e parceiros, principalmente no âmbito internacional, resultando em benefício a sua própria empresa.

1.2 FINALIDADES DO COMPLIANCE TRABALHISTA

De acordo com Selma Carloto:

O compliance trabalhista consiste na adequação à norma por meio de ferramentas e adoção de práticas preventivas de demandas judiciais, além de constituição de prova para o êxito das mesmas, com o intuito pedagógico de evitar futura judicialização em ações trabalhistas individuais e coletivas, além de outros passivos.¹⁶

No entanto, apesar de ter se originado nas relações empresariais e ter se intensificado após a Lei Anticorrupção, a técnica do compliance também passou a ser usada no âmbito trabalhista. Tendo como função a criação de códigos de ética e de padrões de conduta para que sejam cumpridas as leis e as demais normas do Direito do Trabalho.¹⁷

Seguindo ainda os ensinamentos de Selma Carloto:

O compliance trabalhista tem escopo de prevenção de incidentes no ambiente de trabalho, por meio da busca da efetiva aplicação de um programa de integridade trabalhista, tendo como principais ferramentas: programas de treinamento e palestras, consultivo, regulamentos internos trabalhistas, códigos de ética e de conduta, incluindo canais de denúncia, registros do cumprimento da lei, relatórios e avaliações de desempenho e correção de erros na

¹⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 27.

¹⁷ MELO, Luís Antônio Camargo de. **O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas**. Revista Direitos, Trabalho e Política Social. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/16/15>. Acesso em: 24 Abril 2020.

empresa das falhas na legislação trabalhista vigente. Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados devemos possuir ainda, como ferramenta, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais.¹⁸

Neste mesmo segmento, o compliance trabalhista tem a finalidade de se evitar a responsabilização das empresas no âmbito judicial para que não haja prejuízo à sua imagem e reputação. Trata-se de uma auditoria interna permanente para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas na empresa.

Nesse aspecto, o compliance trabalhista tem a finalidade de se evitar a responsabilização das empresas no âmbito judicial para que não haja prejuízo à sua imagem e reputação. Trata-se de uma auditoria interna permanente para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas na empresa. A implementação do sistema de controle pode ocorrer por meio da elaboração de regulamento interno, que inclusive poderá designar departamento de compliance, estrutura que será responsável pela elaboração dos códigos de conduta, fiscalização de seu cumprimento e apuração e aplicação de sanções aos responsáveis.¹⁹

Com a finalidade de sistematizar a possibilidade de aplicação dessa ferramenta de controle interno nas relações trabalhistas, vislumbra-se os principais impactos e reflexos na admissão dos empregados, no curso do contrato de trabalho e, por fim, no término da relação empregatícia.²⁰

Na concepção de Selma Carloto, o compliance trabalhista tem como escopo de prevenção de incidente no ambiente de trabalho, por meio da busca da efetiva aplicação de um Programa de Integridade trabalhista, tendo como principais ferramentas: programas de treinamentos e palestras, consultivo, regulamentos internos trabalhistas, códigos de ética e de conduta, incluindo canais de denúncias, registros de cumprimento da lei, relatórios e avaliações de desempenho e correção

¹⁸ CARLOTO, Selma. Compliance trabalhista. São Paulo: LTr, 2019, p. 27.

¹⁹ CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 30 abril 2020.

²⁰ CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 30 abril 2020.

de erros na empresa das falhas na legislação trabalhista vigente²¹.

Objetivando a redução da judicialização e com intuito pedagógico de corrigir erros e dar prova ao jurídico para êxito nas demandas judiciais, provando que a empresa estava em compliance trabalhista, totalmente adequado à norma, não praticando dispensa discriminatórias, assim, temos como técnica e ferramenta de compliance os relatórios e avaliações de produtividade e desempenho para prevenção de condenações decorrente do dano moral por dispensas arbitrárias e discriminatórias, bem como possíveis reintegrações.²²

É preciso destacar que são inúmeros os objetivos para implantação de uma política de Compliance; mas, entre os principais, estão: cumprir com a legislação nacional e internacional, além das regulações do mercado e das normas internas da empresa; prevenir demandas judiciais; obter transparência na condução dos negócios; salvaguardar a confidencialidade da informação outorgada à instituição por seus clientes; evitar o conflito de interesse entre os diversos atores da instituição; evitar ganhos pessoais indevidos por meio da criação de condições artificiais de mercado, ou da manipulação e uso da informação privilegiada; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e, por fim, disseminar na cultura organizacional, por meio de treinamento e educação, os valores de Compliance.²³

Desse modo, para a implantação de uma política de Compliance, a empresa deverá inicialmente elaborar um programa com base na sua realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação. Ele deverá ser implementado em todas as entidades que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento²⁴, principalmente mediante o estabelecimento de políticas, a elaboração de um Código de Ética, visto que na doutrina acerca do tema, há uma discussão quanto a chamar tal código de conduta ou de ética, mas “partindo do pressuposto de que efetivamente nos interessa, ter um código e que qualquer código já determina um comportamento, acreditamos mais adequado chamá-lo de

²¹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 27.

²² CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 27.

²³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 24 Abril 2020.

²⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 28.

Código de Ética”.²⁵

Assim, por meio do compliance trabalhista, vislumbra-se o seguinte: a criação de comitê específico, o treinamento constante e a disseminação da cultura, o monitoramento de risco de compliance, a revisão periódica, incentivos, bem como a criação de canal confidencial para recebimento de denúncias, com a consequente investigação e imposição de penalidades em razão de eventual descumprimento da conduta desejada ²⁶.

O mapeamento das principais áreas de riscos é uma das formas para efetivação, haja vista que a empresa responsável pela área de compliance deverá desenvolver regras, controles e procedimentos objetivando minimizar a possibilidade de ocorrência de práticas de condutas ilícitas ou inadequadas pelos colaboradores. Tais práticas são alicerçadas pelo Código de Conduta, contendo os valores, princípios e procedimentos da empresa, que deverá ter uma linguagem simples, clara e inequívoca, sendo de fácil acesso e compreensão por todos os níveis de empregados a quem se destinem²⁷.

Para que haja o cumprimento das medidas adotadas, a administração da empresa deve reforçar sempre que possível o compromisso organizacional em respeitar as normas legais e éticas seja, por exemplo, em reuniões ou em mensagens relacionadas ao código de conduta interno²⁸.

Vale ressaltar que o compliance constitui a prova de que a essência do programa é prevenir a ocorrência da violação, e não remediá-la, a despeito do compliance permitir que eventuais conflitos sejam resolvidos internamente sem que o colaborador tenha que acionar judicialmente a empresa, como por exemplo possibilidade de seus empregados registrarem reclamações sobre condutas ou

²⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 28.

²⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 24 Abril 2020.

²⁷ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 46.

²⁸ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de Compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. São Paulo: **Revista do Advogado**, ano XXXIV, n. 125, dez. de 2014, p. 46.

irregularidades praticadas pelos seus superiores hierárquicos.²⁹

Desse modo, é importante a criação de canais de denúncia e canais de ouvidoria, ou seja, mecanismos que os colaboradores ou empregados possam utilizar para reportar violações, inadequações ou sugestões. Do mesmo modo, investigações internas, ou seja, mecanismo que a empresa desenvolve para apuração dos fatos e tomada de medidas corretivas cabíveis com limites na legalidade e nos princípios que regem o nosso ordenamento jurídico pátrio.³⁰

Os canais de denúncia têm por objetivo central a redução de perdas e a educação dos funcionários acerca dos tipos de atividades fraudulentas, permitindo maior identificação dos sinais que indiquem essas atividades, além de clarificar a análise de relatórios de controle. De forma sistemática, as seguintes contribuições podem ser atribuídas aos canais de denúncia: a) tornam a empresa mais protegida contra eventos de fraude e comportamentos antiéticos; b) fornecem transparência aos processos de negócios e às relações entre os diversos agentes da governança;

c) inibem desvios de conduta e melhoram o ambiente de trabalho; e d) suportam a atuação da auditoria interna com informações relevantes, atualizadas tempestivamente.³¹

Observa-se, assim, que o compliance trabalhista é uma interessante ferramenta a ser utilizada pelas empresas para adequar sua conduta à legislação e para mitigar a responsabilização social. Na sociedade atual, os consumidores assumem papel de destaque no controle da atuação das empresas, o que se manifesta pela influência de um agente externo nas condutas internas da empresa. Como instrumento de se evitar a reincidência na prática do ato ilícito, esse controle externo da sociedade pode ser mais efetivo que o controle judicial e dos agentes de fiscalização.

Desse modo, o compliance enquanto meio capaz de garantir a dignidade do trabalhador através da tutela do ambiente laboral constitui um mecanismo

²⁹ INNOCENTI, Ricardo; CAMILIS, Vivian Cavalcanti Oliveira de; MARTINEZ, Ricardo da Silva; OLIVEIRA, Libia Alvarenga de; DINIZ, Samanta L. S. Moreira Leite. Compliance Trabalhista. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 979, ano 106, mai. 2017, p. 100

³⁰ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de Compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. São Paulo: **Revista do Advogado**, ano XXXIV, n. 125, dez. de 2014, p. 49.

³¹ JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho**: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 89.

necessário por assegurar a ética e a integridade nas relações de trabalho. Sendo assim, constitui o ramo do instituto que consagra os fins almejados pelos direitos fundamentais que permeiam a relação de trabalho.

Portanto, uma das vantagens para os empregados da empresa que possui o programa de compliance implementado é uma maior segurança no que diz respeito à observância de todas as normas trabalhistas do ordenamento jurídico e das políticas internas de ética e conduta por parte do empregador e dos superiores hierárquicos.

1.3 COMPLIANCE E CIDADANIA TRABALHISTA: OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador e seu exercício não são ilimitados, possuindo limites tanto externos quanto internos. Os limites externos ao poder diretivo são aqueles previstos na Constituição, nas leis, nos acordos e convenções coletivas de trabalho, regulamentos internos da empresa e no contrato de trabalho firmado entre as partes; ao passo que os limites internos são pautados pela boa-fé objetiva das partes e o exercício regular de direito.³²

Quanto a isso, assinala Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

São diversos os limites que despontam perante o poder empregatício, todos convergindo na direção de assegurar certo nível de dignidade, de garantias e de direitos ao trabalhador. Citem-se, ilustrativamente, neste rol de limites: a própria existência do Direito do Trabalho, com seus princípios e regras interventivos do contrato; a existência de várias instituições interventivas no contrato de trabalho como sindicatos dos trabalhadores, Auditoria Fiscal Trabalhista, Ministério Público do Trabalho, Justiça do Trabalho; a existência do princípio da proporcionalidade de fundo constitucional; o fortalecimento do conceito jurídico de “abuso do direito”; o novo mundo dos direitos da personalidade do trabalhador.³³

³² DIAS, Gabriel Radi.. **Poder Diretivo do Empregador**. Disponível em: <https://advocaciaaranega.jusbrasil.com.br/artigos/548022958/poder-diretivo-do-empregador>. Acesso em: 24 Abril 2020.

³³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2009, p. 76.

Em tal perspectiva, poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços.³⁴

A esse respeito, assinala Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

A subordinação jurídica oriunda da relação de emprego não autoriza o empregador a extrapolar as prerrogativas inerentes ao poder diretivo. Por tal razão, este poder encontra limites nos direitos da personalidade que visam a assegurar a proteção à integridade física e psíquica, moral e intelectual do trabalhador.³⁵

Vê-se, então, que o poder diretivo do empregador deve ser exercido de modo

que não transponha os limites da boa-fé e dos bons costumes, ou seja, de modo a não ferir a dignidade do trabalhador. Ademais, torna-se imperioso registrar que o trabalho deve representar um meio de satisfação e de realização pessoal do trabalhador, de modo a propiciar-lhe o desenvolvimento físico, intelectual e moral. É dessa forma que deve ser conduzida e organizada a atividade econômica de produção do empregador. Fica claro que tanto o exercício do poder diretivo quanto a subordinação jurídica do empregado devem ser pautados por limites. O poder diretivo deve desenvolver-se sempre de forma razoável, de modo a não contrariar a boa-fé objetiva, os direitos da personalidade do trabalhador e a dignidade da pessoa humana.³⁶

Logo, o compliance trabalhista demonstra ser uma ferramenta de regulação e responsabilização antes, durante e após o contrato de trabalho, podendo assumir maior relevância nas organizações de tendência, que compreendem tema novo e muito relevante acerca dos poderes do empregador. Quando se trata de

³⁴ CARRIJO, Lorryne Cristhine. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/o-poder-diretivo-do-empregador-e-os-direitos-de-personalidade-do-empregado/>. Acesso em: 24 Abril 2020.

³⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2009, p. 77

³⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2009, p. 78

organização de tendência, o tema acerca de manifestações políticas dos empregados ganha novos contornos, sendo o poder do empregador de tendência mais amplo, podendo abranger, inclusive, aspectos da vida pessoal de seu empregado.³⁷

É necessário não confundir organização de tendência com interesse da empresa. A tendência deve ir além do interesse da empresa, sendo portadora de um interesse coletivo, de forma que só será possível falar em organização de tendência quando a atividade desenvolvida por ela seja “institucionalmente expressiva de uma específica e bem determinada concepção de vida, do homem e do mundo, inspirada em valores ou ideais externamente reconhecíveis”³⁸.

O ambiente de trabalho digno é direito fundamental social do ser humano trabalhador, exigindo uma mudança na postura não somente dos agentes estatais e dos empregadores, mas também de toda a sociedade, até porque os direitos fundamentais dos trabalhadores são direitos de segunda dimensão e, portanto, visam assegurar direitos sociais mínimos que proporcionem a vida digna.

Logo, o compliance trabalhista engloba regras ligadas aos trabalhadores ou colaboradores, principalmente no tocante ao leque de normas e procedimentos que visam a fiscalização da empresa sobre como está se dando a organização do trabalho na prática, possibilitando eficaz domínio da integridade e da dignidade laboral mediante a criação de mecanismos de prevenção e apuração de qualquer falha ou ato ilegal³⁹, principalmente em virtude os chamados “altos empregados”, já que são estes que possuem subordinados e detêm o poder diretivo.

Acerca dos limites constitucionais ao poder diretivo do empregador no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm-se como estudo os mecanismos de autorregulação por parte das empresas, a fim de alcançar objetivos propostos nas leis de combate à corrupção.

Desse modo, o compliance trabalhista, como expressão do poder diretivo do

³⁷ CORREIA, Henrique. **Compliance trabalhista**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em: 24 Abril 2020.

³⁸ REIS, Raquel Tavares. **Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extra laboral**. Disponível em: http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/Gestao_Desenv/GD10/gestaodesenvolvimento10_95.pdf. Acesso em 24 Abril 2020

³⁹ CAMARGO, Andrea Capistrano. **Compliance trabalhista**. Jus Brasil. Disponível em: Acesso em: 24 Abril 2020.

empregador mostra-se de especial importância na atualidade, já que se enfrenta nos últimos anos uma crise aguda nos aspectos econômico, político-institucional, social e também moral, em que escândalos de corrupção envolvendo empresas, particulares e representantes institucionais dos poderes do Estado são noticiados em diversos países do mundo.

Assim sendo, os programas de compliance trabalhista constituem os mecanismos e procedimentos internos de prevenção, detecção e remediação de condutas ilícitas no âmbito das empresas.

Desta forma, o compliance trabalhista atua na adoção pela iniciativa privada para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas às atividades e observar princípios de ética e integridade corporativa. Para Carlos Henrique da Silva Ayres, os programas de compliance constituem “elementos de políticas e procedimentos criados para evitar, detectar e corrigir irregularidades ocorridas no âmbito empresarial”.⁴⁰

Cabe ressaltar que não pode o empregador olvidar-se da função social da empresa e se escusar de uma atuação diligente, a fim de garantir o equilíbrio e a dignidade no meio ambiente laboral, já que é preciso reconhecer cada vez mais a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, principalmente nas relações de trabalho em razão da distribuição assimétrica do poder que envolve empregado e empregador.

2 COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 AS RAZÕES PARA A IMPLANTAÇÃO DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Com o avanço cada vez maior da informatização, as empresas têm progressivamente implantado o compliance como medidas para cumprimento das leis em relações de trabalho, abrangendo os empregados da empresa e também os terceirizados, valorizando a ética da empresa e dando mais transparência organizacional.

⁴⁰ AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de Compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, Ano XXXIV, 2014, p. 118.

Nesse contexto, devido a inúmeros casos de corrupção, fraudes, descumprimento das leis estabelecidas, foi necessário intensificar criando normas mais rigorosas, nesse sentido, surgiu a Lei nº 12.846/2013, também denominada como “Lei Anticorrupção”. Desde a entrada em vigor, o Governo Federal iniciou 183 processos administrativos contra empresas. Desses, 153 foram iniciados em 2017. Resultando na aplicação de 30 penalidades.⁴¹

Em março de 2014, deu-se início a operação Lava Jato em combate à corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil, apontando diversas irregularidades em grandes empresas, foram identificadas mais de 20 empresas da área de construção civil e mais de 100 pessoas envolvidas em supostas práticas de corrupção, com isso mais de US\$ 1 bilhão foram restituídos aos cofres públicos.⁴²

Após a atuação da Lava Jato as empresas passaram a inserir o compliance como forma de entrar em conformidade com a Lei nº 12.846/13. Uma das grandes empresas que além de aperfeiçoar o *compliance*, passou a usar como quesito para seus fornecedores é a Petrobras, que solicita o preenchimento de um questionário de integridade, visando aumentar a segurança nas contratações e mitigar eventuais riscos, essa ação é chamada de *Due Diligence* de integridade (DDI).⁴³

Conforme ressalta Selma Carloto:

A Operação Lava-Jato foi um propulsor dos programas de compliance no Brasil e se existe um bom exemplo no mundo do prejuízo que a falta de um sistema robusto e efetivo de governança corporativa e de compliance pode gerar para um negócio é a Petrobras. As boas práticas de governança corporativa e de compliance constituem o pilar de sustentação para as empresas terem perenidade e sucesso nos seus negócios.⁴⁴

Logo,

A Petrobras é um grande exemplo de prejuízo e sucesso concomitante por falta de compliance inicialmente e por ter um

⁴¹ MARTINS, Helena. **Em 4 anos da Lei Anticorrupção, União abre 183 processos e penaliza 30 empresas**. Disponível : <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/em-4-anos-da-lei-anticorrupcao-uniao-abre-183-processos-e-penaliza-30-empresas>. Acesso em 25 abril 2020.

⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Caso Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandescasos/caso-lava-jato/Acesso> em 05 de março de 2020

⁴³ PETROBRAS. **Compliance, Ética e Transparência**. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/> Acesso em 19 de março 2020.

⁴⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

programa de conformidade e integridade modelo atualmente. O primeiro passo é sempre corrigir e minimizar o erro. Em um segundo momento, logo após uma crise de reputação, por irregularidades cometidas por seus executivos, o que levou a empresa-exemplo e outras a tomar medidas severas, em sequência, e como resposta à reação, vem a implantação do programa de conformidade e a adoção de melhores práticas de governança. Hoje, a mesma empresa, com um programa efetivo de compliance, passa a ser um exemplo de cultura de prevenção e de fortalecimento da transparência, ética e compliance.⁴⁵

Em assim sendo, o escândalo de compliance deve sempre servir de aprendizado para minimizar os riscos e deve ser reconhecido também o esforço das empresas que mudam sua cultura após detectarem irregularidades e sofrerem alto prejuízo não apenas financeiro, como também à sua imagem. Dificilmente uma organização não passou já um dia no passado por algum registro de má conduta.⁴⁶

Nesse sentido, a aplicação de compliance é uma maneira eficaz de prevenção de processos judiciais, penalizações e conseqüentemente evitar custos judiciais. Protegendo de possíveis responsabilizações civis e criminais, preservando a integridade além de agregar valores éticos à instituição. Tendo como vantagem uma boa relação com o Estado que vem se tornando cada vez mais rigoroso em exigências de sistemas de governança e transparência das empresas, em seus processos licitatórios. Promovendo um bom convívio entre os sócios, clientes, fornecedores e investidores, estabelece parâmetros confiáveis de interação baseados em uma cultura organizacional fiel à ética, com excelentes resultados para empresa.⁴⁷

A Lei nº 12.846/13 regulamenta a possibilidade de reduzir a pena de multa resultante de condenação em Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) em alguns casos de atenuantes, conforme estabelecido em seu artigo 18, inciso V, caso a empresa possua programa de integridade. Veja-se:

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais

⁴⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19

⁴⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 20

⁴⁷ SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11.

do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:
I - um por cento no caso de não consumação da infração; [...]
V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Insta destacar que o autor Anaruez Mathies, enfatiza que a área de gestão de pessoas possui uma abrangência mais ampla não se limitando apenas a questões de admissão e demissão de pessoal, mas também procurando promover um ambiente saudável. Logo, o compliance na relação de emprego, além de evitar reclamações trabalhistas, multas, indenizações por danos morais, entre outros, evita assim custos e despesas adicionais para a empresa, tendo também como objetivo de promover ações voltadas para ética, qualidade de vida dos empregados e combate à discriminação.⁴⁸

Em sua perspectiva, Mathies, esclarece que para que seja eficaz o programa de compliance na área de gestão de pessoas é importante à implantação de algumas medidas como: a) elaboração e utilização de código de conduta; b) treinamento dos empregados, de acordo com as atividades desenvolvidas no âmbito organizacional; c) criação e manutenção de canal de denúncia; d) tratamento para resolução de questões relacionadas a conflitos de interesses; e) monitoramento e verificação de normas internas e externas à empresa; e f) desenvolvimento de ações corretivas.⁴⁹

Verifica-se, assim, que o programa de *compliance* possuem requisitos indispensáveis a todas as empresas, ao estabelecer padrões de condutas e estabelecer medidas éticas nas relações de trabalho.

2.2 A IMPORTÂNCIA DE UM CÓDIGO DE CONDUTA E ÉTICA NO LOCAL DE TRABALHO E O TREINAMENTO DE EMPREGADOS E EMPREGADORES

A fim de construir uma relação equilibrada, a ética serve para manter o

⁴⁸ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 145.

⁴⁹ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p.145.

equilíbrio e a conduta adequada dentro da empresa. Por isso, ela é extremamente necessária e essencial para evitar impulsos agressivos dentro do ambiente de trabalho.

O termo “ética” é de origem grega *ethikos*, que se significa preceitos de ordem valorativa e moral do indivíduo.⁵⁰

A ética passou a pertencer à área da filosofia ocupada dos estudos de normas morais da sociedade, procurando entender, explicar e fornecer alternativas para solução de conflitos.

A esse respeito, estatui Roberto Silva Rocha:

Somente aquele que capta o bem em abstrato pode reproduzi-lo como bem transitório e imperfeito na vida humana, e é impossível que, dispondo desse conhecimento, não aja de acordo com ele, seja em assuntos privados, seja em assuntos públicos. Assim, no verdadeiro filósofo, encontraremos necessariamente o homem bom em sentido prático, e também o estadista perfeito, caso a organização da sociedade permita-lhe exercer a sua habilidade estadística. Os traços característicos dessa bondade prática no pensamento maduro de Platão refletem as noções fundamentais de sua concepção de universo. A alma do homem, em seu estado bom e normal, deve estar organizada e harmonizada conforme a orientação da razão.⁵¹

De forma geral, os antigos filósofos entendiam a ética como a maneira de alcançar a felicidade. Hoje a ética passou a ser aplicada em diversos campos como na política, administração de negócios e na economia.⁵²

A ética difere da lei, pois, a sua não observância não gera sanções e sim um descontentamento e reprovação. A lei atinge um comportamento moral que, busca uniformizar um comportamento dentro da sociedade.⁵³

A ética empresária reúne os valores e conduta de determinada entidade organizacional, construindo assim uma visão de valores da organização e tomadas

⁵⁰ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 19.

⁵¹ ROCHA, Roberto da Silva. **É a ética, estúpido!** Disponível em: http://professorrobertorocha.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html. Acesso em 26 abril 2020

⁵² FIGUEIREDO, Antônio Macena. Disponível em: http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/iof_83_1-9_etica_e_moral.pdf.

⁵³ FIGUEIREDO, Antônio Macena. Disponível em: http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/iof_83_1-9_etica_e_moral.pdf.

de decisões feitas pela chefia, influenciando as decisões estratégicas e assim estruturando em todos os níveis de gestão por meio da ética empresarial, procura-se consolidar a confiança no mercado, sobretudo com o cliente.

Pela ética empresarial, busca-se uma transparência para os negócios, conforme a sociedade espera que seja. Portanto, uma empresa com organização ética além de atrair consumidores torna-se mais rentável e confiável. A ética empresarial é, hoje, fundamental para as empresas que tem buscado abertura de capital, buscando garantir total transparência nos negócios, protegendo o investidor e tornando o mercado mais competitivo.

Inúmeros fatores estão relacionados diretamente a ética como, por exemplo, segurança do trabalho, que podem acarretar em acidentes e assim gerar afastamento gerando prejuízos às margens de lucro do contrato.

Ademais, destaca Selma Carloto que “os trabalhadores devem agir no trabalho e no exercício das suas funções, nas empresas e organizações, sempre de acordo com a ética, com moral e disciplina e estas podem ser estabelecidas como regras de conduta”,⁵⁴ razão pela qual “assim como os regulamentos internos disciplinares, esses documentos devem ser feitos dentro dos parâmetros constitucionais e dos direitos fundamentais, não podendo os códigos de ética e conduta trazer práticas abusivas que se desviem do seu real objetivo”.⁵⁵

Em assim sendo, destaca Selma Carloto:

Além dos regulamentos internos, importante ferramenta do compliance trabalhista, ao lado dos canais de denúncia e principalmente com objetivo de evitar práticas não apenas de assédio moral, mas também outros ilícitos, as empresas podem possuir código de ética e conduta, os quais têm sido ferramenta em vários programas de integridade, inclusive no Decreto n. 8.420/2015 que regulamenta a lei anticorrupção.⁵⁶

Por isso, “os códigos de ética têm como escopo disciplinar e colocar regras na empresa quanto à disciplina e à moral”.⁵⁷

Nas relações interpessoais quando ocorrem conflitos de ordem moral, como

⁵⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 47.

⁵⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 47.

⁵⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 47.

⁵⁷ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 47.

preconceito, assédio, e até mesmo agressões físicas, a fornecedora responde na esfera trabalhista, por isso é recomendável que essas situações estejam previstas em contrato possibilitando assim ressarcimento quando devidos.

Diversas vezes a expressão código de ética é utilizada como sinônimo de código de conduta, porém os dois institutos são diferentes, pois ainda que o empregado tenha ambos, são distintos. Enquanto o contrato de trabalho é vinculado ao código de conduta que estabelece as regras da relação entre empregado e empregador, o código de ética é pela entidade de classe que estabelece o conjunto de regras a serem seguidas.⁵⁸

No compliance trabalhista há um regulamento interno, onde se estabelecem medidas institucionais que poderão ser utilizados em caso de descumprimento da legislação trabalhista, como cumprimento de jornada, utilização de EPIs, práticas que configurem assédio moral e sexual, onde sejam punidos não apenas os subordinados como também os seus gestores.

Como observa Selma Carloto:

No compliance trabalhista, temos como ferramentas para assegurar o cumprimento da norma os códigos de ética e conduta e os canais de denúncia, estes principalmente para detectar e punir os responsáveis por práticas de assédio moral, assédio sexual e práticas discriminatórias, os regulamentos internos disciplinares com auxílio de uma política de advertências, treinamento de líderes e gestores e relatórios de produtividade e avaliações de desempenho com a finalidade de evitar desvios de conduta dos gestores em práticas discriminatórias aos bons colaboradores e de preservar o crescimento e a imagem da empresa visando garantir a efetividade do compliance trabalhista.⁵⁹

Ainda de acordo com a autora: “Os canais de denúncia recebem frequentemente, e principalmente, denúncias de assédio moral e sexual, o que ajuda na prevenção de passivos trabalhistas e na tutela do meio ambiente laboral sempre que instalados e utilizados na empresa”.⁶⁰

Nessa linha, o canal de denúncia,

⁵⁸ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 151.

⁵⁹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 25.

⁶⁰ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 38.

É a ferramenta que mais identifica desvios de conduta, fraudes e outros ilícitos no mundo empresarial, mas para este funcionar deve ser designado um profissional, ou uma área responsável, sempre com o escopo de ser assegurada a confidencialidade, independência e imparcialidade e o qual deverá encaminhar as denúncias recebidas para a área competente para o devido tratamento de cada situação.⁶¹

Ainda de acordo com a autora, as diversas normas que tratam de compliance trabalhista protegem os trabalhadores contra a discriminação e têm como princípio fundamental a não discriminação. Podemos evitar essa prática tanto por meio de código de ética e conduta, incluindo os canais de denúncia, assim como por meio de regulamentos internos, de ferramenta específica do programa do compliance trabalhista.⁶²

Logo,

A principal finalidade que se destaca no preventivo por meio dos canais de denúncia, no compliance trabalhista, é o combate ao assédio moral, ao assédio sexual, à discriminação e a agressões e brigas entre colegas. Estatísticas comprovam o alto índice de denúncias de assédio moral quando existem os canais de denúncia.⁶³

Na lição de Selma Carloto, “esses canais recebem denúncias de fraudes, desvios, superfaturamentos, conflito de interesse, corrupção e relacionadas a áreas trabalhista são recebidas denúncias de assédio moral, assédio sexual, discriminação e outras formas de agressão”.⁶⁴

Por meio desses códigos se passa a imagem da empresa como integra, ética, idônea e transparente pela qual são responsáveis principalmente seus funcionários, desde os da mais alta administração até os empregados em geral e que se confundem com a imagem da empresa quando se fala em integridade, já que a empresa responde pelos atos de seus empregados ou prepostos.⁶⁵

⁶¹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 38.

⁶² CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 25.

⁶³ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 40.

⁶⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 41.

⁶⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 47.

Exemplificando, é possível colocar como regra geral um bom relacionamento entre colegas e o cumprimento de valores estabelecidos pelas empresas ou organizações e impostos pela própria sociedade.⁶⁶

Quando há o descumprimento de uma regra estabelecida o qual o funcionário recebeu os equipamentos de proteção, foi treinado e orientado sobre o uso devido, porém não a zelo por parte do funcionário é possível adverti-lo, nos termos do regulamento interno, já que não cumpriu com o estabelecido, sendo necessária a fiscalização do gestor para que em caso de descumprimento, adverti-lo. Ainda dispõe o artigo 158 da CLT, paragrafo único, que a recusa injustificada ao uso dos EPIs fornecidos pela empresa será considerado ato faltoso do empregado.⁶⁷

Na implantação do programa de *compliance* a capacitação dos empregados e dos gestores é muito importante para maior efetividade. O treinamento é muito importante não apenas para o crescimento da empresa, mas também para o desenvolvimento pessoal.

Nessa temática, Mathies relata que o treinamento com enfoque no assédio moral é fundamental para orientar os empregados e empregadores às consequências dessa prática. É muito importante a capacitação para que consigam identificar a existência do assédio moral no ambiente de trabalho e assim denunciar tal prática, que traz grandes consequências inclusive na esfera penal.⁶⁸

A falta de treinamento para os gestores tem acarretado altas indenizações, passivos e multas para as empresas, respondendo objetivamente perante a Justiça do Trabalho. É importante o treinamento dos gestores para evitar práticas ilícitas como assédio moral, sexual e práticas discriminatórias, fraudes dentre outras que prejudicam o ambiente de trabalho.

O Decreto nº 8.420 de 2015, em seu artigo 42, estabelece parâmetros a serem seguidos que poderá ser utilizado por analogia na esfera trabalhista, incluindo o comprometimento da alta direção, padrões de códigos de conduta e códigos de ética, aplicáveis aos empregados e a terceiros, treinamentos de

⁶⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 48.

⁶⁷ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 35.

⁶⁸ Ministério Público Federal. **Assédio moral e sexual previna-se**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio> p.18. Acesso em 26 abril 2020.

liderança, aprimorando na prevenção, detecção de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, trazendo mais transparência para a empresa conforme estabelecido a seguir:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de

irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Portanto, torna-se essencial a criação do código de ética dentro da empresa e o treinamento adequado para que o programa compliance funcione com efetividade. É importante a implantação de treinamentos para aqueles que atuam em atividade de maior risco, pois leva a uma compreensão maior dos cuidados necessários para a execução de seus trabalhos.

2.3 A IMPORTÂNCIA DE UM CANAL DE DENÚNCIAS E DO MONITORAMENTO POR MEIO DE AUDITORIAS TRABALHISTAS

É essencial que exista um canal de denúncia dentro da empresa, pois é uma ferramenta capaz de identificar fraudes, desvio de conduta e assédio moral e sexual, mas para que funcione com efetividade é necessário que tenha uma área competente ou a designação de um empregado que seja confiável e imparcial para dar prosseguimento para a área competente.

Em tal perspectiva, Selma Carloto ensina que os canais de denúncia são de extrema importância para apurar e eliminar práticas de assédio moral e assédio sexual na empresa, principalmente assédio moral, além de agressões e discriminação, práticas que ocorrem com muita frequência tanto no nível vertical, como no horizontal, dentro das empresas. Estatísticas comprovam o alto índice de denúncias e tratamento de assédio moral de forma preventiva, quando existem os

canais de denúncia, evitando-se a reincidência e passivos para a empresa.⁶⁹

Acerca disso, ensinam Maria Cecília Máximo Teodoro, Márcio Túlio Viana e Karin Bhering Andrade que:

Ainda que haja níveis hierárquicos, a criação de um canal de denúncias para os trabalhadores utilizarem seria um dos mecanismos de controle de um programa de compliance trabalhista, para auxiliar na manutenção das regras e no respeito às liberdades individuais, além da previsão de procedimentos administrativos que contemplassem ampla defesa e contraditório. É fundamental, no entanto, que o empregado tenha ciência de que será ouvido sem riscos de retaliação e até mesmo de maneira anônima, tendo em vista que a criação de canais de denúncia poderia exacerbar o poder diretivo e abrir espaços para, além de retaliações, de um certo revanchismo.⁷⁰

A denúncia poderá ser feita anonimamente desde que haja elementos suficientes para apuração dos fatos que a ensejaram, contanto que exista um dispositivo que mantenha o sigilo e impeça que a pessoa sofra retaliação, seja por parte do gestor e até mesmo por outros empregados. Esse canal poderá ser diversificado, ampliando as possibilidades de denúncias seja por meio de urnas, aplicativo, telefone, pela internet, questionários online e diversos outros meios.

O canal de denúncias permite a redução de riscos e evitando custos por irregularidades administrativas por desrespeito aos direitos e garantias dos trabalhadores além de garantir um bom funcionamento do compliance. Através dos canais de denúncias grande parte das irregularidades tem sido descobertas ultrapassando 40% em comparação com outros métodos de identificação de irregularidades.⁷¹

Tem como objetivo principal do programa compliance a redução das demandas trabalhistas e quando há efetividade em sua aplicação através da transparência e a aplicação das normas estabelecidas evita-se o aumento de passivos.

⁶⁹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 112.

⁷⁰ TEODORO, Maria Cecília Máximo. Compliance e o descumprimento das normas trabalhistas. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (Coords.). **Compliance e direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019, p. 243.

⁷¹ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 154.

Sob tal prisma, o CNMP em conjunto com o MPT por meio da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidade e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE) explica que o assédio dentro do ambiente de trabalho ocorre da seguinte forma: a) vertical descendente: de cima para baixo: do superior para o trabalhador; b) vertical ascendente: de baixo para cima: do trabalhador para o superior; c) horizontal: na mesma hierarquia: entre os colegas de trabalho; d) misto: horizontal e vertical.⁷²

O assédio moral é mais comum entre relações hierárquicas, predominando condutas desumanas e durante um longo período. Em pesquisa realizada em 1996 pela OIT, detectou que 12 milhões de trabalhadores da união europeia já enfrentaram situações humilhantes no ambiente de trabalho que acarretando distúrbios de saúde mental.⁷³

Nesse prisma, verifica-se que o assédio sexual também é uma forma de abuso de poder no ambiente de trabalho. Segundo a professora Adriana Calvo, o assédio sexual ocorre de duas maneiras:

- a) Assédio por Intimidação: - Assédio sexual ambiental, por meio do qual o assediador busca criar condições de trabalho inaceitáveis, num processo intimidatório de hostilização; Restringir, sem motivo, a atuação de alguém ou criar uma circunstância ofensiva ou abusiva no trabalho.
- b) Assédio por Chantagem: - Assédio sexual qui pro quo – isto por aquilo – ou seja, a oferta de vantagens no ambiente de trabalho por atitudes de cunho sexual; Ocorre via chantagem, insistência, importunação da vítima para fins sexuais; Tipo penal previsto pela Lei nº 10.224/2001.⁷⁴

O canal de denúncia exige constantes melhorias e monitoramento para que seja obtido bom desempenho. A principal finalidade do canal de denúncia é o combate de assédio moral que segundo estatísticas tem um alto índice, o assédio sexual que acontece dentro do ambiente de trabalho e o combate à discriminação.

⁷² Ministério Público Federal. **Assédiomoral e sexual previna-se**. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio> p.09. Acesso em 24 abril 2020.

⁷³ Ministério Público Federal. **Assédiomoral e sexual previna-se**. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio> p.09. Acesso em 24 abril 2020.

⁷⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 45.

É um programa que apresenta grandes resultados para a empresa, quando a transparência do programa, com resultados positivos às denúncias, quando os trabalhadores terão mais segurança em utilizar esse mecanismo, evitando assim o ajuizamento de demandas judiciais.

Consoante ensina Selma Carloto:

As empresas criam ouvidorias, nas quais qualquer pessoa que tenha vínculo com a empresa poderá denunciar tanto casos de corrupção como outras irregularidades, inclusive todos os tipos de ilícitos trabalhistas, principalmente assédio moral, e sem receio de sofrer retaliações, já que deve ser resguardado o anonimato, porque o programa, ao ser implantado na empresa, deve designar um profissional ou uma área totalmente independente e responsável por receber, filtrar e encaminhar as denúncias recebidas para tratamento de cada situação.⁷⁵

Uma ouvidoria fará uma análise preliminar das denúncias efetivadas no programa e coletará o máximo de elementos de convicção, com a finalidade de firmar um juízo quanto à aptidão da denúncia, para posterior análise e apuração dos fatos anteriormente coletados. Na sequência, e em decorrência de todas as informações conseguidas na denúncia, passar-se-á ao efetivo procedimento de apuração e tratamento da mesma.⁷⁶

Assim sendo,

Qualquer descumprimento a norma trabalhista e constitucional, instrumentos coletivos, regulamentos internos, códigos de ética e conduta podem ser denunciados e recebidos por esses canais com o objetivo de prevenção, detecção e punição dos responsáveis internamente e com o escopo de evitar altas reclamações trabalhistas individuais, ações coletivas e ações civis públicas por parte do Ministério Público do Trabalho, de tutelar um meio ambiente de trabalho saudável para o crescimento empresarial e para assegurar a boa imagem da empresa.⁷⁷

Ao resguardar o anonimato do denunciante e disponibilizar ferramentas de ampla acessibilidade inclusive a prestadores externos que permitam a

⁷⁵ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 42.

⁷⁶ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 42.

⁷⁷ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 42.

transparência, dando-lhe acesso a tramitação da denúncia, é uma maneira de combater a corrupção e a práticas de atos ilícitos.

Hoje, por exemplo, o assédio moral é um dos responsáveis ainda por altas indenizações na esfera trabalhista, principalmente quando se fala de dano moral coletivo. O projeto de Lei n. 4742/01 tipifica, no Código Penal, o crime de assédio moral no ambiente de trabalho quando alguém ofender reiteradamente a dignidade de outro. Não obstante seja detectado e logo combatido por meio desses canais de denúncia, qualquer desvio na norma poderá ser inicialmente detectado, punido, corrigido e futuramente evitada a sua reincidência na empresa por meio desses canais.⁷⁸

A Lei 12.846/2013, foi a primeira a tratar e regulamentar o programa de integridade no qual faz parte os canais de denúncia. Hoje é exigido por muitos diplomas de programas de integridade com canais de denúncias, inclusive em empresas que atuam com a administração pública.

Acerca disso, destaca Selma Carloto:

Em geral, os canais de denúncia não são obrigatórios nas empresas privadas, lembrando que é uma necessidade crescente o cumprimento da norma e detecção e tratamento das denúncias, mas nas instituições financeiras, na administração pública direta e indireta e empresas privadas que celebrem convênios ou contratos de repasse com a administração pública deve existir obrigatoriamente um programa de Integridade e do qual farão parte os canais de denúncia. Atualmente, existem vários diplomas que exigem programas de integridade com canais de denúncia e que dispõem sobre os Programas de Integridade: leis, decretos, resoluções, portarias.⁷⁹

Vale ressaltar que a Resolução nº 4.567/2017, trata da obrigatoriedade de um canal de denúncias, no qual dispõe:

Art. 2º As instituições mencionadas no art. 1º devem disponibilizar canal de comunicação por meio do qual funcionários, colaboradores, clientes, usuários, parceiros ou fornecedores possam reportar, sem a necessidade de se identificarem, situações com indícios de ilicitude de qualquer

⁷⁸ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 43.

⁷⁹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 43.

natureza, relacionadas às atividades da instituição.

§ 1º As instituições devem designar componente organizacional responsável pelo acolhimento e encaminhamento do reporte à área competente para tratamento da situação.

§ 2º É facultada a designação de componente organizacional já existente, desde que na sua atuação seja assegurada a confidencialidade, a independência, a imparcialidade e a isenção.

§ 3º O componente organizacional de que trata o § 1º deve elaborar relatório semestral, referenciado nas datas-base de 30 de junho e 31 de dezembro, contendo, no mínimo, o número de reportes recebidos, as respectivas naturezas, as áreas competentes pelo tratamento da situação, o prazo médio de tratamento da situação e as medidas adotadas pela instituição.

§ 4º O relatório de que trata o § 3º deve ser aprovado pelo conselho de administração da instituição ou, em sua ausência, pela diretoria e mantido à disposição do Banco Central do Brasil pelo prazo mínimo de cinco anos.

§ 5º Os procedimentos de utilização do canal de comunicação de que trata o caput devem constar de regulamento próprio e ser divulgados na página da instituição na internet

Ao designar a área competente ou profissional responsável pelo recebimento e andamento da denúncia, sendo de responsabilidade deste de elaborar relatórios, especificando as medidas adotadas pela instituição, além de classificar a natureza, deve informar o prazo médio de resposta de cada denúncia, feito isso é necessário que o relatório seja aprovado pelo conselho de administração ou pela diretoria da instituição, ficando à disposição do Banco Central pelo prazo mínimo de cinco anos além da divulgação na página da instituição.⁸⁰

Monitoramento por meio de uma auditoria requer um profissional com competência técnica para ser executado com qualidade. O monitoramento tem o objetivo de verificar se as recomendações feitas pelo auditado estão sendo cumpridas e na medida em que são realizadas, o processo é aprimorado. A falta de monitoramento impede que seja averiguado a efetividade do programa *compliance* impedido de corrigir os erros cometidos.

Ana Amélia de Conti Gomes ressalta a importância do monitoramento da

⁸⁰ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 45.

seguinte forma:

[...] não bastam os códigos de ética, normas de conduta, valores princípios, políticas internas, leis e regulamentos se não há mecanismos que chequem se todos os empregados os têm claros e os cumprem adequadamente. É preciso ter um sistema de monitoramento constante, garantindo o cumprimento desses normativos para que o objetivo estratégico da companhia seja alcançado.

A auditoria tem por objetivo, assim, identificar ações de desvio e violações cometidas pelos empregados e gestores. A auditoria interna é realizada pela própria empresa, enquanto a externa é por terceirização.

Há diferença entre auditoria e o programa de *compliance*, na auditoria o objetivo é certificar se as normas estão sendo cumpridas, enquanto que no *compliance* são realizadas em todas as áreas de forma preventiva, ou seja, antes da auditoria evitando a desconformidade com a norma.

2.4 O REGULAMENTO INTERNO E SEUS LIMITES

O regulamento interno é um conjunto de normas estabelecidas para serem seguidas pelos profissionais, dentro da instituição é uma das principais ferramentas do *compliance*. Tem como intuito disciplinar situações que muitas vezes não tem previsão legal e se não houver uma norma estabelecendo haverá interferência na instituição.

De acordo com Selma Carloto:

Importante criar um regulamento interno com uma política de advertências e em que constam regras de respeito à legislação trabalhista, como de jornada, afastamento, proibições para um melhor aproveitamento do trabalho do empregado e normas protetivas de relações humanas entre empregados ou colaboradores, no intuito de evitar assédio moral e outros ilícitos dentro da empresa.⁸¹

O regulamento interno é de extrema importância, dentro do programa de integridade trabalhista é uma ferramenta que auxilia no cumprimento das normas

⁸¹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 48.

evitando passivos. O regulamento interno é elaborado pela própria empresa de forma escrita, formalizada em um documento com as diretrizes a serem seguidas, após deverá ser entregue para cada empregado, disponibilizando também na página da empresa.

O regulamento interno, segundo Selma Carloto,

Consiste em documento que deve ser preparado pela empresa, entregue aos seus funcionários e colhida a assinatura dos mesmos, para imposição de regras e penalidades pelo seu descumprimento e que deve fazer parte de um programa de integridade trabalhista, junto aos códigos de ética e conduta para a eficiência e eficácia do compliance trabalhista.⁸²

Importante estabelecer no regulamento as atribuições a ser exercida por cada categoria, prevendo advertências, suspensões ao desrespeitar as normas internas e à legislação trabalhista, estabelecer jornada, vestuário, faltas, atrasos, o uso correto e obrigatório dos EPIs, estabelecer normas protetivas aos empregados, assim evitando assédio moral e outros atos ilícitos dentro do ambiente de trabalho.

O ideal é que as regras também sejam integradas ao contrato de trabalho, deixando de forma clara a conduta dentro da empresa, desde que não contrariem a lei e acordos sindicais, para não gerar passivos trabalhistas.

Ao elaborar o regulamento interno não poderá estabelecer regras arbitrárias ou abusivas, mas sim regras que trazem organização e ética dentro da empresa, além de torná-la mais transparente sua forma de liderança e disciplina.

Segundo Selma Carloto, o objetivo principal do regimento interno é a organização e adequação da empresa à norma, evitando atos ilícitos, assédio moral, assédio sexual, não deve possuir regras arbitrárias às leis, resguardando o direito a intimidade do empregado, como revistas íntimas, câmeras nos vestiários e banheiros, estipular limite de tempo para utilizar o banheiro, entre outros direitos que não devem ser violados.⁸³

Assim, no tocante aos limites do regulamento interno, ressalta Selma Carloto que este não deve possuir regras contrárias à norma externa, como

⁸² CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 49.

⁸³ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 134.

previsão de revistas íntimas, câmeras em banheiros ou vestiários, proibição de uso de banheiros durante o expediente e fora dos intervalos legais, entre outros, que desrespeitem os basilares direitos fundamentais e assim os princípios constitucionais. Essas regras devem prever organização e nunca extrapolar os seus limites constitucionais.⁸⁴

A regulamentação do regimento interno consiste em fixar regras gerais dentro da empresa com intuito de organizar e estabelecer as prerrogativas do empregador, mantendo um ambiente ético, organizado e delimitar a conduta do empregado.

Havendo novas cláusulas que revogue ou altere direitos adquiridos pelos empregados, sendo menos benéfica não alcança os empregados antigos, apenas os novos, pelo princípio da condição mais benéfica, nos termos do artigo 468 da CLT:

Súmula nº 51 do TST. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999).

2.5 A RELAÇÃO ENTRE O COMPLIANCE TRABALHISTA E A SUSTENTABILIDADE NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

A sustentabilidade corporativa segundo Ferraiuolo Junior significa “assegurar o sucesso do negócio em logo prazo e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento econômico social da comunidade e para um meio ambiente saudável e uma sociedade estável”.⁸⁵

⁸⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 51.

⁸⁵ FERRAIUOLO JÚNIOR, Carlos Alberto. **Gestão e sustentabilidade corporativa**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 20.

Ou seja, para que a empresa seja considerada sustentável deverá basear-se em três pilares: o lucro, o social e o ambiental.⁸⁶

O objetivo principal é a manutenção e o desenvolvimento de uma relação de emprego tendo como base a dignidade da pessoa humana. A responsabilidade social influencia na relação entre empregado, empregador e fornecedores. Por isso, é essencial o desenvolvimento sustentável.

Como observa Selma Carloto:

É por meio de ferramentas de compliance, que ao adequar-se à lei, a empresa alcança com segurança, perenidade e solidez seus objetivos estratégicos e se afasta dos riscos de corrupção ou mesmo de favorecimentos pessoais e outros atos ilícitos cometidos por seus representantes.⁸⁷

Assim sendo, “conformidade ou integridade, compliance deve fazer parte e ser indissociável na rotina das atividades empresariais para o crescimento sustentável e atualmente é indispensável reconhecer todos os esforços de compliance nas empresas”.⁸⁸

Mathies ressalta que o âmbito da relação de emprego, no tocante aos anos decorrentes de assédio moral, na perspectiva da análise econômica do direito que a aplicação do *compliance* é, torna-se importante estabelecer a eficiência na redução de custos sociais decorrentes de práticas assediadoras.⁸⁹

Ademais, sustenta Selma Carloto que “a prática do compliance trabalhista é recente e o principal escopo deste é o de reduzir a judicialização entre empregado e empregador, além de evitar multas e outras indenizações e de manter a ética, integridade, idoneidade e a transparência da empresa”.⁹⁰

Imperioso observar que “o compliance teve sua origem nas relações empresariais, intensificou-se com a lei anticorrupção e hoje é indispensável

⁸⁶ ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, reponsabilidade social e empresarial. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.edição Kindle.

⁸⁷ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 20.

⁸⁸ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 20.

⁸⁹ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 181.

⁹⁰ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 21.

também na área trabalhista”⁹¹, tendo em vista que,

Prevenir passivos na empresa é sinônimo de investimento e na seara laboral se traduz também em um meio ambiente de trabalho saudável e que assegura a dignidade do trabalhador. O compliance trabalhista pode ser realizado por uma assessoria jurídica, considerando a expertise do jurídico na interpretação das normas trabalhistas. O não cumprimento das normas trabalhistas resulta não apenas em altas condenações na Justiça do Trabalho, como multas do eSocial, já que este exige o cumprimento das obrigações trabalhistas sob pena de autuações.⁹²

O índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), surgiu após investimentos consideráveis em empresas sustentáveis e rentáveis, hoje considerado como referencial.

Um exemplo que retrata a sustentabilidade social é a importância do cumprimento das normas estabelecidas em Lei, que ocorreu em 2011, com a grife espanhola Zara, em sua cadeia produtiva, momento em que o MPT atuou em resgate a diversos trabalhadores que produziam roupas para a marca em condições degradantes, análoga a de escravo. Devido à grande repercussão, até hoje gera consequências negativas sob enfoque de responsabilidade social da marca.⁹³

Ainda de acordo com Selma Carloto:

Por meio do compliance trabalhista podemos evitar inclusive a responsabilidade penal por práticas discriminatórias, que são consideradas como crime pela Lei n. 9.020/95, sendo sujeitos ativos desses crimes a empregadora pessoa física, o representante legal do empregador ou mesmo o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 2 desta lei.⁹⁴

Portanto, é necessário haver um equilíbrio entre o econômico e o social,

⁹¹ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 21.

⁹² CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 21.

⁹³ Jusbrasil. Disponível em <https://mpt.jusbrasil.com.br/noticias/463839134/novo-tac-amplia-responsabilidade-da-zara-em-casos-de-trabalho-escravo>. Acesso em 27 abril 2020.

⁹⁴ CARLOTO, Selma. **Compliance trabalhista**. São Paulo: LTr, 2019, p. 22.

para eficiência do compliance em relação às práticas sustentáveis, principalmente em combate a prática do assédio moral no ambiente de trabalho, adotando medidas que reduzem os custos sociais e desenvolvendo práticas sustentáveis na relação com o empregado e da atividade empresarial.

3 COMPLIANCE, VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES, PREVENÇÃO E RESPONSABILIDADE

3.1 COMPLIANCE NA ADMISSÃO DO EMPREGADO

O compliance pode ser utilizada no momento de admissão dos empregados na empresa. Nesse sentido, dentro dos limites legais, o empregador pode realizar processo seletivo prévio à contratação para obter informações de seus trabalhadores que permita a contratação de profissional que esteja comprometido com os ideais da empresa e que respeite os valores por ela desenvolvidos.⁹⁵

Em hipótese, o empregador tem a possibilidade de transmitir com transparência suas regras e de efetuar treinamentos para capacitar os futuros empregados. Esse conhecimento prévio dos empregados é conhecido como a técnica Know your employee –KYE, que consiste no conhecimento do histórico do funcionário antes de contratá-lo⁹⁶. Não podendo o processo seletivo ser utilizado como ferramenta para violar a privacidade e intimidade do trabalhador, pois a conduta pode ensejar a responsabilização da empresa por dano moral.⁹⁷

Assim, as entrevistas destinadas à contratação do trabalhador e que se situam na fase pré-contratual, ou seja, na fase que antecede a celebração do contato de trabalho devem se pautar sobre as aptidões profissionais dos candidatos a emprego.

Como destaca Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

⁹⁵ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

⁹⁶ FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessica/Downloads/5090-Texto%20do%20artigo-15865-1-10-2018072>. Acesso em: 08 maio 2020.

⁹⁷ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

Nas entrevistas a que são submetidos os candidatos ao emprego durante o processo de seleção, as perguntas formuladas pelo empregador no exercício do seu poder de direito, devem se pautar por questões relacionadas às atividades, às experiências e às aptidões profissionais dos candidatos ao emprego para o desempenho do cargo.⁹⁸

Desse modo, as perguntas formuladas pelo empregador devem cingir-se a informações estritamente necessárias sobre a vida profissional do candidato ao emprego e manter-se em relação direta com o cargo a que o empregado se dispõe a exercer no ambiente de trabalho. Não pode haver intromissões na esfera íntima e privada do candidato ao emprego, tais como perguntas ou opiniões que desrespeitam os aspectos da personalidade do candidato que participa do processo seletivo, como opinião política, opção sexual, crença religiosa e exigência de antecedentes criminais e creditícios.⁹⁹

Portanto, o empregador não pode realizar questionamentos sobre aspectos da vida íntima e privada do candidato, muito menos acerca de suas opiniões políticas, filosóficas e outras mais.

Sendo assim, “todas e quaisquer informações obtidas no procedimento das entrevistas devem estar relacionadas apenas com as atividades profissionais do trabalhador e com o objeto de sua prestação de serviços”.¹⁰⁰

Essa investigação prévia dos trabalhadores está associada à exigência de antecedentes criminais dos empregados no momento da contratação. Quanto a isso, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento estabelecendo que a exigência de antecedentes criminais configura tratamento discriminatório do trabalhador, configurando dano moral, que será devido independentemente se o trabalha foi ou não contratado pela empresa.¹⁰¹

⁹⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 182.

⁹⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 182.

¹⁰⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 183.

¹⁰¹ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

Vale destacar decisão a seguir, proferida pelo TST:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. EMPRESA DE BANCO DE DADOS. OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE ANTECEDENTES CRIMINAIS, TRABALHISTAS E CREDITÍCIAS RELATIVAS A EMPREGADOS OU CANDIDATOS A EMPREGO. DANO MORAL COLETIVO. I. Trata-se de discussão que envolve o direito de informação do empregador, diante da contratação pela empresa de serviços Innvestig, que vendia informações acerca de antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias de candidatos a vagas de emprego, versus, o direito à intimidade. II. O constituinte de 1988, ao estabelecer um capítulo na Carta Magna dedicado exclusivamente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em nenhum momento conferiu a qualquer deles um caráter absoluto. E, não tendo conferido nenhuma hierarquia entre os direitos fundamentais, a solução a ser utilizada é a ponderação de interesses. III. Observa-se, pois, que a pesquisa de antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias relativa a empregados ou candidatos a emprego revela-se discriminatória, configurando-se como verdadeiro abuso de poder e violação da intimidade das pessoas, tendo em vista a constatação de que a obtenção das informações era realizada a revelia dos candidatos. IV. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais consagrou a tese de que, em se tratando de danos morais, e não materiais, a única prova que deve ser produzida é a do ato ilícito, se presentes os pressupostos legais para a caracterização da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa e o nexo de causalidade, porquanto tal dano constitui, essencialmente, ofensa à dignidade humana (art. 1º, inciso III, da Constituição da República), sendo desnecessária a comprovação do resultado, porquanto o prejuízo é mero agravante do lesionamento íntimo. IV. Diante disso, tem-se que o ato da reclamada, ao contratar uma empresa para investigar os antecedentes criminais, trabalhistas e creditícias, viola o artigo 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR 9891800.65.2004.5.09.0014. Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5 Turma, DEJT, 18 de jun. 2010).

Desse modo, revela-se abusiva e discriminatória a exigência ou pesquisa de antecedentes criminais na fase pré-contratual, haja vista que, consoante ensina Rúbia Zanotelli de Alvarenga:

É necessário um comprometimento e esforço social por parte dos empregadores, dos recrutadores, dos chefes, dos colegas do trabalho, assim como de seus familiares no processo de elevação de ex-infratores no processo de reinserção social no mercado

formal de trabalho, de modo que eles sejam recuperados da exclusão social.¹⁰²

A autora acentua que o ex-infrator sofre muitas sequelas em face de sua condenação criminal. Os presídios não possuem nenhuma infraestrutura e há uma resistência por parte da sociedade e das empresas em participar do processo de reinserção desse cidadão no mercado formal de trabalho. Por isso, os detentos costumam sair da prisão com mais problemas do que tinham antes do encarceramento.¹⁰³

Em razão disso, é necessário que os antecedentes criminais não sejam obstáculo à contratação do ex-infrator e para que haja menor resistência das empresas quanto à sua contratação, torna-se mister que a função a ser exercida pelo candidato ao emprego não esteja relacionada com o delito praticado, sob pena de caracterizar em conduta discriminatória, conforme preceitua o art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal de 1988. Trata-se, por exemplo, do candidato ao emprego que concorre à vaga na função de motorista já tendo várias condenações relativas ao trânsito. No mesmo sentido, tem-se também o exemplo do vigilante, prevista no art. 16, inciso VI, e pelo art. 17 da Lei 7.102/83, que compreende hipótese em que o empregador pode exigir a apresentação de atestado de bons antecedentes.¹⁰⁴

Nessa linha, Rúbia Zanotelli de Alvarenga também apresenta o exemplo de determinadas profissões em que a consulta ou mesmo a exigência de bons antecedentes criminais torna-se pré-requisito à contratação por estas requererem do candidato ao emprego uma conduta ilibada para o exercício da função a ser desempenhada. Trata-se, por exemplo, da função de professora de educação infantil. É mais do que razoável averiguar se a pessoa candidata ao emprego possui antecedentes criminais relacionados ao crime de pedofilia.¹⁰⁵

Em assim sendo, estatui Henrique Correa que:

¹⁰² ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 204.

¹⁰³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 204.

¹⁰⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 205.

¹⁰⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 205.

O conhecimento dos antecedentes criminais dos empregados somente será autorizado pelas empresas nas hipóteses de profissões que exigem fidúcia especial ou por expressa previsão legal. Nos demais casos, a utilização do compliance nesse ponto poderá gerar o direito à indenização por danos morais ao trabalhador.¹⁰⁶

3.2 COMPLIANCE NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO

A ferramenta compliance também pode ser aplicada no curso do contrato de trabalho. Como visto, há a criação de um código de ética e conduta, que orientará toda a atuação da empresa, inclusive com relação ao pagamento de direitos trabalhistas e do tratamento conferido aos empregados.¹⁰⁷

A empresa deve respeitar os direitos fundamentais de seus empregados, evitando condutas dos dirigentes e demais gestores que possam ensejar o ajuizamento de reclamação trabalhista. No entanto, a mera criação de um código de conduta não é suficiente para que a legislação trabalhista seja respeitada, sendo necessário também estabelecer um sistema de fiscalização e sanção, dentro dos limites dos poderes de direção, para se evitar danos à imagem e à reputação da empresa.¹⁰⁸

A fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalhador é dever do empregador para manter o ambiente de trabalho mais seguro possível, evitando que ocorram acidentes de trabalho, assédio sexual e assédio moral. E seu cumprimento dessas normas torna-se indispensáveis para as empresas que buscam evitar os pagamentos de multas pela fiscalização do trabalho e para garantir a transparência em suas atividades. Dessa forma, a adoção de métodos de compliance podem auxiliar no dever do empregador de manter o ambiente de

¹⁰⁶ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 12 de maio 2020.

¹⁰⁷ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

¹⁰⁸ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

trabalho seguro e saudável.¹⁰⁹

Consoante ensina Henrique Correa:

O ambiente de trabalho é local onde o trabalhador presta serviços. Em razão disso, é dever do empregador manter esse ambiente o mais seguro possível, evitando que ocorram acidentes de trabalho. As normas que tratam da proteção à saúde e à segurança do trabalho são de ordem pública, portanto, são normas de indisponibilidade absoluta, portanto não cabe flexibilização para redução de direitos dos empregados, nesse aspecto de segurança. Essas normas representam cláusulas implícitas ao contrato de trabalho, não havendo a necessidade de previsão expressa no contrato.¹¹⁰

Sob tal perspectiva, Henrique Correa assinala que o cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalhador tornam-se indispensáveis para as empresas que buscam evitar os pagamentos de multas pela fiscalização do trabalho e para garantir a transparência em suas atividades. Desse modo, a adoção de métodos de compliance podem auxiliar no dever do empregador de manter o ambiente de trabalho seguro e saudável. Com a instituição de código de ética e conduta, as empresas podem adotar todas as normas preventivas como forma de proteger a integridade física e psíquica dos trabalhadores.¹¹¹

Por consequência, caso o empregador não cumpra com suas responsabilidades no tocante ao ambiente de trabalho, ocasionará duas consequências, que são: “a) será autuado pela fiscalização do trabalho, por descumprimento da legislação trabalhista e b) caberá rescisão indireta, com fundamento no art. 483, alínea “c” ou “d”, da CLT”.¹¹²

Portanto,

¹⁰⁹ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

¹¹⁰ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

¹¹¹ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

¹¹² CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

Para se evitar a responsabilização trabalhista, os departamentos de compliance em atuação conjunta com a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) podem conscientizar os empregados no cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, garantir o fornecimento de equipamento de proteção individual e de estabelecer sanções aos empregados e dirigentes que não seguirem essas normas de proteção ao meio ambiente de trabalho.¹¹³

Como bem destacam Thaís Cláudia D'Afonseca da Silva e Marcos Paulo da Silva Oliveira,

A legislação trabalhista, seja no plano constitucional seja no plano internacional, não vacila ao conferir extensa proteção aos direitos de saúde, segurança e higiene do trabalho, atualmente reclamando uma postura muito mais preventiva e humanizada do que monetizante e individualista.¹¹⁴

Apesar disso, “a prática demonstra a manutenção de uma postura muito mais remediadora e voltada para as indenizações e adicionais do que propriamente de cumprimento do dever preventivo trazido pela legislação”.¹¹⁵

Ademais, verifica-se também que “os trabalhadores, em geral, por necessidade econômica e por medo do desemprego, acabam se sujeitando a condições degradantes de trabalho, abdicando de seus direitos da personalidade”.¹¹⁶

Nesse aspecto,

É dever do empregador respeitar a dignidade humana do trabalhador, por via da preservação de um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado. O trabalho a ser executado pelo

¹¹³ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 08 maio 2020.

¹¹⁴ SILVA, Thaís Cláudia D'Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 51.

¹¹⁵ SILVA, Thaís Cláudia D'Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 51.

¹¹⁶ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 261.

trabalhador deve ser digno em todos os sentidos, o melhor, não só no plano material, mas também no aspecto imaterial, mas também no aspecto imaterial, de modo a assegurar- lhe um meio ambiente do trabalho sempre sadio e equilibrado.¹¹⁷

Nesse sentido, põe-se como meta fundamental a consciência em se preservar a todo o custo o material humano, proporcionando aos trabalhadores os meios e os equipamentos, além da preparação suficiente para libertá-los das contingências desfavoráveis no ato de execução do labor. Logo, a prevenção dos acidentes profissionais integra o conjunto de métodos e de conjuntos destinados a evitá-los. Sendo assim, devem ser tomadas determinadas medidas, como adaptação dos equipamentos e do maquinário em geral à capacidade física das pessoas, diminuição da exposição dos ruídos, à poluição e aos agentes insalubres e perigosos em geral,¹¹⁸ incumbindo ao empregador “preservar a saúde e a dignidade do trabalhador, de modo a afastar, reduzir ou neutralizar qualquer lesão que possa colocar em risco a sua integridade física e psíquica”.¹¹⁹

Logo, o compliance aplicado a seara trabalhista torna-se necessário para a uniformidade de boas práticas empresariais que coadunam com um ambiente seguro, saudável e democrático de trabalho. Em âmbito trabalhista, portanto,

Pensam-se nos programas de compliance como ferramentas cogentes para a veiculação da postura preventiva postulada pelo texto constitucional e internacional acerca do meio ambiente de trabalho. Além de simplesmente cumprir a legislação no tocante ao pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade, espera-se que esses programas busquem a redução da exposição aos agentes danosos e perigosos. Que esses programas criem culturas de valorização dos trabalhadores não como passivos empresariais, mas como sujeitos ativos, sem os quais não seria viabilizada a produção.¹²⁰

¹¹⁷ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 262.

¹¹⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 262.

¹¹⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício**. São Paulo: LTr, 2013, p. 268.

¹²⁰ SILVA, Thaís Cláudia D'Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 51.

De acordo com Thaís Cláudia D’Afonseca da Silva e Marcos Paulo da Silva Oliveira:

Uma análise pautada em uma visão humana até uma perspectiva econômica possibilita afirmar que o meio ambiente laboral, na visão ampliada anteriormente apresentada, exige a proteção do trabalhador que navega on-line e por vezes expõe seus dados pessoais nas redes, sendo que o meio ambiente de trabalho não compreende apenas o espaço físico, mas também abarca as tecnologias informacionais e da comunicação amplamente utilizados no capitalismo do século XXI.¹²¹

Essa visão ampliada exige ainda colocar em prática a responsabilização do empregador pelo ambiente domiciliar transformado em escritório, mesmo que a legislação, especialmente com o advento da Lei 13.467/2017 facilite a irresponsabilidade empresarial no "home-office". Se as práticas de compliance visam à conformação entre a prática empresarial e o mundo das normas, no sentido mais ampliado possível, é isso o que se espera.¹²²

Portanto,

O compliance como uma ferramenta pode ser utilizado para o cumprimento da legislação não apenas numa perspectiva empresarial, mas para a defesa da classe trabalhadora participante desse programa. Protagonizar esses movimentos de inovação é papel da classe trabalhadora, especialmente representada por seus sindicatos.¹²³

3.3 COMPLIANCE NO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO

A reforma trabalhista trouxe várias mudanças e dentre elas o término do contrato de trabalho estabelecendo três principais obrigações que devem ser observadas no momento da dispensa do empregado para evitar possíveis ações

¹²¹ SILVA, Thaís Cláudia D’Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 53.

¹²² SILVA, Thaís Cláudia D’Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 53.

¹²³ SILVA, Thaís Cláudia D’Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019, p. 53.

judiciais, a saber:

1- Anotação do término do contrato de trabalho na CTPS do empregado; a CLT estabelece no artigo 29, § 4º, que é vedado anotações desabonadoras à conduta do empregado; 2- Comunicação da dispensa aos órgãos competentes: essa exigência permite que o empregado saque o FGTS e o requerimento do seguro-desemprego; 3- Pagamento das verbas rescisórias no prazo estabelecido.¹²⁴

Como forma de prevenir multas e litígios entre empregador e empregado é importante que no programa compliance seja estabelecido medidas observando o artigo 477 da CLT, para cumprimento das obrigações estabelecidas, se atentando ao prazo para pagamento das verbas rescisórias, recém-alterado pela reforma trabalhista, para 10 dias contados do término do contrato de trabalho.

O compliance exige a adoção por parte da empresa de mecanismos que previne práticas ilegais a fim de obter transparência na gestão e ações da empresa, evitando conflitos de interesse, além de atentar cuidadosamente para situações que ensejam em rescisão do contrato de trabalho, como o julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, a seguir exposto:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Rescisão promovida pela empresa representada. Sentença de procedência em parte, condenado a parte ré ao pagamento de comissão referente ao cumprimento integral de um dos contratos, sem considerar os aditivos posteriores, e ao pagamento das diferenças de comissão, nos termos originalmente pactuados em relação a outro contrato, afastando a redução do percentual de comissão. Irresignação de ambas as partes. Cabimento em parte apenas do recuso da ré. Conduta do sócio da representante comercial, que se envolveu em casos de corrupção e celebrou acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal no âmbito da Operação Lava-Jato, que afetou a imagem da empresa representada, alterando a classificação desta no sistema de “compliance” da Petrobrás, e impedindo “a priori” a sua participação nos processos licitatórios desta. Caracterizando o descumprimento do contrato por afronta ao Código de Ética integrante da relação contratual. Justo motivo para a rescisão do contrato por parte da empresa representada caracterizado. Art. 35, “b” e “c” da Lei 4.886/65. Hipótese,

¹²⁴ CORREIA, Henrique. **Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/291012/compliance-e-sua-aplicacao-no-direito-do-trabalho>.

contudo, que afasta a obrigação em relação aos valores devidos a título de comissão pelos serviços já realizados. Contrato de “Frame Agreement” que foi integralmente cumprido, conforme provas que constam dos autos. Comissão devida ao representante sobre as vendas efetuadas mesmo depois da rescisão do contrato de representação, posto que feitas ainda em razão do contrato celebrado pela empresa autora na condição de representante da ré. Indevida, porém, qualquer remuneração em decorrência de negociações posteriores, sem a autuação da autora, relativamente aos aditivos celebrados ao contrato original. Concordância da parte autora com a redução do percentual das comissões que receberia pelo “Projeto Golfinho” que restou provada. Condenação ao pagamento da diferença de comissão – de 2% para 4% - afastada. Honorários advocatícios de ambas as partes majorados para importe de 12%, mantidos os parâmetros fixados pelo juízo de origem. Incidência da norma prevista no artigo 85, § 11, do CPC. Recurso da autora não promovido e recurso da ré promovido em parte.

(TJ-SP – APL: 10763391820168260100 SP 1076339-18.2016.8.26.0100,

Relator: Walter Barone, Data de Julgamento: 31/01/2019, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/01/2019)

O contrato de trabalho não tem vitaliciedade, por isso os motivos de sua extinção quando não observados as normas, pode configurar atos ilícitos, ensejadores de danos patrimoniais, extrapatrimoniais, tanto para o empregador quanto para o empregado, quando não observados as normas estabelecidas em lei.

3.4 O COMPLIANCE TRABALHISTA COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO DE CRIMES NA GESTÃO EMPRESARIAL E DE ABUSOS COMETIDOS POR EMPREGADORES

O compliance originou na relação empresarial, e ganhou mais notoriedade com a lei anticorrupção e com a aplicação efetiva do compliance é mantido a transparência dentro da empresa, evitando multas e outras indenizações.

O descumprimento das normas trabalhistas resulta em multas inclusive pelo eSocial, além de condenação na Justiça do Trabalho. Temos ainda a Lei n. 9029/95 que presume responsabilidade criminal a práticas discriminatórias e limitativas para efeito de acesso à relação de trabalho.

Nesse sentido, a 2ª Turma do TRT 4ª Região, em julgamento do RO 00211945820165040002, estabelece o seguinte:

EMENTA: COMPLIANCE TRABALHISTA. DECRETO 9571/18. TERCERIZAÇÃO. BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SA E BEM PROMOTORA DE VENDAS E SERVIÇOS S.A. SERVIÇOS LIGADOS À ATIVIDADE-FIM DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. TERCERIZAÇÃO

ILÍCITA. Decreto 9571/18 que institui as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas e multinacionais que operem no território nacional. Redução drástica de estrutura das empresas decorrente de novas tecnologias e a busca incessante por lucros, mantendo em seus quadros apenas empregados inseridos em atividades consideradas essenciais. Tentativa de manutenção do padrão de direitos sociais pelos países ditos desenvolvidos, os quais vêm adotando sistemas de Compliance, buscando uma forma de incentivar o cumprimento de leis e regulamentos que protejam os direitos dos trabalhadores, com valorização da ética e da transparência na cultura organizacional. Tarefas realizadas pela autora de atendimento e cobrança de clientes que constituem atividade finalística bancária, perfeitamente inserida no objetivo nuclear do empreendimento negocial do banco, cuja terceirização é ilícita, por desvirtuar, impedir e fraudar a aplicação de direitos trabalhistas próprios da categoria dos bancários. Processo de interdição ocorrido que implicou flagrante desigualdade entre a autora e os funcionários diretamente contratados pelo banco réu, tratando-se de clara violação não só às Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, como também diretamente aos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil sobre o tema. Recurso provido.

(TRT-4 - RO: 00211945820165040002, Data de Julgamento: 15/04/2019, 2ª turma)

Insta destacar que diversos países vêm adotando o sistema de Compliance, como uma maneira de incentivar o cumprimento das leis e regulamentos que protege os direitos dos trabalhadores. Muitos empregadores acabam se responsabilizando criminalmente ao praticar condutas tipificadas como crime pela lei n. 9.029/95, nos termos do artigo 2º desta lei:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

- I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:
 - a) indução ou instigamento à esterilização genética;
 - b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o

oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Decreto n. 8.373/2014 instituiu o eSocial como sendo um mecanismo digital do Governo Federal que estabelece a forma de envio das obrigações tributárias, fiscais e trabalhistas das empresas, recebendo de forma unificada as informações como folha de pagamento, FGTS, aviso prévio, contribuições previdenciárias, e demais obrigações trabalhistas.

O eSocial tem como objetivo a garantia do cumprimento das normas trabalhistas, e o compliance trabalhista tem sido de suma importância para as empresas, garantindo a efetividade e transparência dentro da organização a fim de evitar as multas estabelecidas no programa do eSocial.

Diante disso, as normas estabelecidas em lei quando não cumpridas com efetividade pelas empresas geram multas, além de condenações no judiciário. Esse mecanismo é uma maneira de fiscalizar as empresas a observar os direitos e garantias dos trabalhadores prevenindo abusos por parte do empregador.

3.5 A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR PELA VIOLAÇÃO AO COMPLIANCE TRABALHISTA

O compliance trabalhista é um mecanismo que assegura o cumprimento das normas trabalhistas promovendo transparência na empresa diante de seus consumidores. Porém, não isenta ou diminui a responsabilidade da empresa pelo não pagamento das obrigações trabalhistas ou danos causados ao empregado.

Em tal perspectiva, assinalam Maria Cecília Máximo Theodoro, Márcio Tulio Viana e Karin Bhering Andrade:

A punição dos eventuais infratores é condição sine qua non para o bom andamento de um programa de compliance trabalhista. E é assim também para a imagem da empresa, já que, ao efetivar uma penalidade, depois de apurado o fato descumpridor das regras, os gestores provarão não ser o seu código de ética mera formalidade, devendo, pois, ser seguido à risca. Ou seja, a grande dificuldade que se vislumbra quanto à efetividade de programas de compliance trabalhista diz respeito à ausência previsão de punições efetivas contra os gestores, empregadores, patrões que descumprem a legislação trabalhista.¹²⁵

Pelo princípio da primazia da realidade, caso seja verificada a prática de perseguição contra o empregado, a empresa será condenada a indenizar o empregado por danos morais, ainda que a empresa tenha adotado as medidas preventivas ela não será isenta, pois é garantido a efetividade da lei.¹²⁶

De acordo com Fábio de Souza Aranha Cascione e Bruno Salles Pereira Ribeiro ressaltam que durante tramitação da lei Anticorrupção, foram apresentadas emendas na tentativa de excluir a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, mas por fim o legislador manteve para garantir a efetividade da lei. Nesse sentido, os autores esclarecem que:

A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização de pessoas físicas que tenham participado da atividade ilícita, o que gera duas consequências. A primeira é a de que, mesmo que se identifique qual pessoa cometeu os atos ilícitos no desenvolver da atividade da pessoa abrangida, esta última permanece responsável pelos atos imputados. Em segundo lugar, ainda que não se identifique na estrutura organizacional da pessoa abrangida quem especificamente cometeu o ato ilícito, contanto que haja provas de ligação da atividade da pessoa abrangida com ato ilícito, poderá haver a responsabilização.¹²⁷

Assim, como forma de prevenir condutas ilícitas e incentivar a fiscalização, as empresas os órgãos fiscalizadores, não isentam as empresas da responsabilidade objetiva, ainda que tenham inserido o programa de compliance a

¹²⁵ TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* Compliance e o descumprimento das normas trabalhistas. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* **Compliance e direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2019, p. 242.

¹²⁶ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 184.

¹²⁷ CASIONE, Fábio de Souza Aranha; Ribeiro, Bruno Salles. Lei Anticorrupção – Visão Geral: p.14.

fim de evitar condutas lesivas praticadas pela empresa.

CONCLUSÃO

O compliance trabalhista é um programa de integridade que tem como objetivo o cumprimento das normas e leis trabalhistas, o qual beneficia ambas as partes do contrato de trabalho, o qual busca um ambiente de trabalho saudável, com transparência e ética, atuando no desenvolvimento sustentável da empresa.

No Brasil o programa é regulamentado pela Lei de Anticorrupção (12.846/2013), mas sua implantação não é obrigatória, as empresas têm a opção de se adequar ou não a este instituto, apesar de ser muito importante para a relação de trabalho.

Os efeitos jurídicos do compliance são visivelmente notados pela efetividade do programa, uma vez que se tem resultados satisfatórios para as empresas que adotam o compliance trabalhista, como por exemplo: a diminuição da judicialização entre os pólos passivo e ativo, bem como uma estabilidade do contrato de trabalho, resultando em um índice menor na rotatividade dos funcionários.

A questão a ser discutida é sobre sua obrigatoriedade, que deveria ser obrigatória, assim, todas as empresas adequariam ao programa, evitando vários conflitos organizacionais. Desta forma, o Brasil deveria evoluir em âmbito trabalhista e implementar sua obrigatoriedade, pois se não há a previsão legal quanto sua obrigação, as empresas não se adequam.

Entre as empresas brasileiras cresce a tendência na implementação do compliance que traduzem a exigência do cumprimento de condutas éticas e procedimentos responsáveis. Também evidência que as grandes empresas começam a se preocupar em ter um ambiente de trabalho obedecendo as normas, principalmente em relação aos direitos de proteção do trabalhador.

No Brasil, a empresa que vem se tornando referência para as demais empresas é a Petrobras. O Programa Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC) reúne as principais ações da companhia na promoção da ética, da integridade e de ações de prevenção e combate à fraude e à corrupção. As empresas e as instituições que a adotam passam a ser mais cobradas e demonstram mais

transparência em gestão.

Em consoante a esse pensamento destaca-se que a adoção do programa de integralidade reflete em significativos benefícios para as empresas e para os trabalhadores, e que cada vez mais as corporações tendem a se adequar ao programa, optando por sua implementação.

Em tese, em âmbito empresarial as empresas devem se voltar para valorizar seu funcionário, sempre adotando ferramentas que respeitam os direitos dos trabalhadores como ser humano, e não só visando a questão do lucro.

Em suma, a resolução da problemática seria a implementação da obrigatoriedade, para que assim, todas as corporações adotem a compliance, de modo a evitar diversos conflitos organizacionais presentes na relação de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos da personalidade do trabalhador e poder empregatício. São Paulo: LTr, 2009.

ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, reponsabilidade social e empresarial. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.edição Kindle.

AYRES, Carlos Henrique da Silva. Programas de Compliance no âmbito da Lei n. 12.846/2013: importância e principais elementos. São Paulo: Revista do Advogado, ano XXXIV, n. 125, dez. de 2014.

CAMARGO, Andrea Capistrano. Compliance trabalhista. Jus Brasil. Disponível em: Acesso em: 24 Abril 2020.

CARRIJO, Lorryne Cristhine. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/o-poder-diretivo-do-empregador-e-os-direitos-de-personalidade-do-empregado/>. Acesso em: 24 Abril 2020.

CARLOTO, Selma. Compliance trabalhista. São Paulo: LTr, 2019.

CORREIA, Henrique. Compliance trabalhista. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em: 24 Abril 2020.

CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no Direito do Trabalho. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1E62DC_5iMpGX6hKm_vk_ZOXwBWdy-t3e/view. Acesso em 30 abril 2020.

CASIONE, Fábio de Souza Aranha; Ribeiro, Bruno Salles. Lei Anticorrupção. Visão

Geral. In: CASCIONE, Fábio de Souza Aranha; Ribeiro, Bruno Salles (Org.). Lei Anticorrupção: uma análise interdisciplinar. São Paulo: LiberArs, 2015.

DIAS, Gabriel Radi. Poder diretivo do empregador. Disponível em: <https://advocaciaaranega.jusbrasil.com.br/artigos/548022958/poder-diretivo-do-empregador>. Acesso em: 24 Abril 2020.

FERRAIUOLO JÚNIOR, Carlos Alberto. Gestão e sustentabilidade corporativa. Curitiba: Juruá, 2015.

FIGUEIREDO, Antônio Macena. Disponível em: http://www2.fm.usp.br/gdc/docs/iof_83_1-9_etica_e_moral.pdf

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. Disponível em: <file:///C:/Users/Jessica/Downloads/5090-Texto%20do%20artigo-15865-1-10-2018072>. Acesso em: 25 Mar. 2020.

INNOCENTI, Ricardo; CAMILIS, Vivian Cavalcanti Oliveira de; MARTINEZ, Ricardo da Silva; OLIVEIRA, Líbia Alvarenga de; DINIZ, Samanta L. S. Moreira Leite. Compliance Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 979, ano 106, mai. 2017.

JOBIM, Rosana Kim. Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra *et al.* Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARTINS, Helena. Em 4 anos da Lei Anticorrupção, União abre 183 processos e penaliza 30 empresas. Disponível: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/em-4-anos-da-lei-anticorruptao-uniao-abre-183-processos-e-penaliza-30-empresas>. Acesso em 25 abril 2020.

MATHIES, Anaruez. Assédio moral e compliance na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2018.

MELO, Luís Antônio Camargo de. O novo Direito do Trabalho: a era das cadeias produtivas. Revista Direitos, Trabalho e Política Social. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/16/15>. Acesso em: 24 Abril 2020.

PETROBRAS. Compliance, Ética e Transparência. Disponível em: <https://petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/compliance-etica-e-transparencia/> Acesso em 19 de março 2020.

REIS, Raquel Tavares. Direitos, liberdades e garantias da pessoa do trabalhador despedido em razão da sua conduta extralaboral. Disponível em: http://www4.crb.ucp.pt/Biblioteca/GestaoDesenv/GD10/gestaodesenvvimento10_9_5.pdf. Acesso em 24 Abril 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 24 Abril 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf. Acesso em: 24 Abril 2020

ROCHA, Roberto da Silva. É a ética, estúpido! Disponível em: http://professorrobertorocha.blogspot.com.br/2014_01_01_archive.html. Acesso em 26 abril 2020.

SILVA, Thaís Cláudia D'Afonseca da. Meio ambiente do trabalho, prevenção e compliance. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* Compliance e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2019.

TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* Compliance e o descumprimento das normas trabalhistas. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo *et al.* Compliance e direito do trabalho. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019.

XAVIER, Daniele Jucá Silveira. Compliance Trabalhista e o Assédio Moral: Proposta de Prevenção de Conflitos Organizacionais. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420190516163908933804/Disseracao.pdf>. Acesso em: 30 Mar 2020

XAVIER, Daniele Jucá Silveira. Compliance Trabalhista e o Assédio Moral: Proposta de Prevenção de Conflitos Organizacionais. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420190516163908933804/Disseracao.pdf>. Acesso em: 30 Mar 2020.

**Clique para voltar
ao Sumário**



RESPONSABILIDADE CIVIL PELO COVID-19 CONTRAÍDO NO TRABALHO: A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO À SAÚDE FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Rodrigo Araujo de Miranda e Ronelma Ferreira Carvalho (Orientador: Prof. Dr. Marcelo Bórsio)

RESUMO: O presente artigo foi elaborado com o intuito de analisar os tipos de responsabilidade civil presente no direito brasileiro, com foco nos casos que envolvam trabalhadores contaminados pelo COVID-19. Visa também demonstrar conceitos importantes para que o estudo fique mais completo, delineando institutos de alguns ramos do Direito, como os princípios constitucionais do mínimo existencial e da reserva do possível, além do instituto cível da responsabilidade civil e aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. O estudo foi realizado a partir da leitura de doutrinas, artigos acadêmicos e análise do impacto do COVID-19 em informações públicas.

Verificaremos a responsabilidade do empregador e do Estado nos casos em que ocorrerem a contaminação do trabalhador pelo Coronavírus, demonstrando que nem sempre o direito à saúde é efetivado conforme previsto na Constituição Federal de 1988, tendo por consequência a judicialização desse direito.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Judicialização no direito à saúde. Princípio da reserva do possível. Mínimo existencial. Teoria da perda de uma chance. Pandemia por COVID-19.

ABSTRACT: This article aims to analyze the types of civil liability present in Brazilian legal system, focusing on cases involving workers contaminated by COVID-19. It also aims to demonstrate important concepts for the study to be more complete, outlining institutes from some branches of law, such as the constitutional principles of the minimum existential and the reserve for contingencies, in addition to the civil institute of civil liability and applicability in the chance loss theory. The study was carried out by reading doctrines, academic articles and analyzing the impact of COVID-19 on public information. The responsibility of the employer and the state is verified in cases where contamination of the worker by the Coronavirus occurs, demonstrating that the right to health is not always enforced as provided for in the Federal Constitution of 1988, with the consequence of the judicialization of that right.

Keywords: Civil liability. Judicialization under health scope. Principle of the reserve for contingencies. Minimum existential. Chance loss theory. COVID-19 pandemic.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo propõe um estudo sobre o instituto da Responsabilidade Civil do Estado e a teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito à saúde, tendo em vista a recente judicialização de demandas exigindo prestações positivas do Estado. Por outro lado, busca-se entender o porquê dessa deficiência na prestação, culminando com lesão ao princípio do mínimo existencial, sob o argumento da reserva do possível.

Durante a pesquisa bibliográfica para o presente artigo, com a eclosão da pandemia do Coronavírus, o interesse deste trabalho deu-se no âmbito de averiguar como ocorreria a proteção à saúde, por meio de medidas de prevenção ao contágio, tendo como marco principal a necessidade de isolamento social. Ainda, como o poder público vem atuando na proteção e prestação de assistência à população.

A partir de revisão bibliográfica sobre o instituto da responsabilidade civil e da teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito à saúde, bem como análise de jurisprudência atualizada no que tange à judicialização por demandas de prestações positivas do Estado na área da saúde, buscou-se analisar a relação existe entre o atendimento ineficiente do Estado, tendo por base o argumento da reserva do possível.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar o papel do Estado em garantir os meios assistenciais necessários ao mínimo existencial, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, estudar as modalidades da Responsabilidade Civil do Estado, quando a atuação é insuficiente, sob o argumento de que a Administração Pública deve agir de acordo com suas limitações orçamentárias, tendo por consequência a judicialização pelo dano decorrente da perda de uma chance.

Inicialmente, este artigo busca discorrer resumidamente sobre a evolução do Direito à saúde como direito fundamental, bem como sua consecução no Brasil, a partir da atuação do Sistema Único de Saúde – SUS nas medidas preventivas e protetivas. Em segundo lugar, demonstra-se as características e a importância da Responsabilidade Civil, bem como sua aplicação aos entes públicos e a inserção da perda de uma chance como uma possibilidade a mais de efetivar a indenização.

Outrossim, o estudo faz um apanhado sobre a jurisprudência recente envolvendo demandas no âmbito do Direito à saúde, em que o Estado se exime de uma prestação eficiente, sob o argumento do princípio da reserva do possível. Tratando ainda das hipóteses em que cabe a responsabilidade objetiva, quando houver descaso à saúde do trabalhador contaminado pelo COVID-19, a partir da provocação ao Poder Judiciário.

Por fim, será analisada a conduta do Estado perante a sociedade e o seu empenho em proteger a saúde dos trabalhadores, bem como as ações ajuizadas para reparação civil por sua conduta, a partir de pesquisa em artigos científicos sobre a temática aqui abordada. Ademais, à luz da doutrina, é fundamental para buscarmos conceitos e posicionamento sobre os institutos abordados em todo o trabalho.

2 O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO BRASILEIRO: BREVE HISTÓRICO

Antes de iniciar o estudo do direito à saúde no Estado brasileiro, cumpre salientar que tal direito está inserido no rol dos direitos fundamentais, posto que tem ligação direta com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, é válido iniciar o artigo discorrendo sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais.

A *Magna Carta Libertatum*, de 1215, limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, impedindo o exercício do poder absoluto. O rei passou a ter de respeitar procedimentos legais e a renunciar a determinados direitos, visto que a vontade dos monarcas estaria sujeita à lei. A *Magna Carta* foi o primeiro documento histórico que trouxe o preâmbulo dos direitos fundamentais, na forma do devido processo legal e do *habeas corpus*.

Posteriormente, a Declaração dos Direitos dos Cidadãos - ou *Bill of Rights* - foi um marco no estabelecimento da separação dos poderes. Segundo Rissi (2017), o documento trouxe uma restrição ao poder estatal, pois consolidou o princípio da legalidade ao criar o direito de petição, a liberdade de eleição dos membros do parlamento, a imunidade parlamentar e a convocação frequente do parlamento.

Ainda, é válido ressaltar a contribuição da independência dos Estados

Unidos da América na evolução dos direitos fundamentais, com relevância aos seguintes documentos históricos, em ordem cronológica: Declaração de Direitos da Virgínia; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a promulgação da Constituição dos Estados Unidos.

Por fim, a Revolução Francesa, em 1789, consolidou a noção de liberdade entre os homens a partir da supressão das desigualdades sociais relacionadas à sociedade estamental francesa da época, com o lema da liberdade, igualdade e fraternidade.

Faz-se mister, ainda, citar a divisão entre os direitos fundamentais trazida por José Joaquim Gomes Canotilho (2002), que consagrou a expressão gerações dos direitos fundamentais, atualmente estudada na doutrina como dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira geração surgiram concomitantemente às promulgações das primeiras Constituições escritas, tendo como característica principal o individualismo, ou seja, a afirmação dos direitos do indivíduo frente ao Estado. São também conhecidos como direitos negativos, ou de não fazer, vez que limitam uma área de não intervenção do Estado e garantem maior autonomia aos indivíduos. Ainda, são direitos que não obrigam a ação estatal, mas sim a abstenção do poder de agir, ou seja, autorizam uma conduta omissiva do Estado.

Portanto, os direitos de primeira dimensão, segundo Rissi (2017), possuem inspiração jusnaturalista, visto que foram abarcados nesta dimensão os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Daí decorrem outros direitos, como os direitos de participação política e o direito à igualdade perante a lei. Sarlet (2012) definiu os direitos de primeira dimensão como direitos civis e políticos presentes no Estado Democrático de Direito.

Na categoria dos direitos fundamentais de segunda dimensão encontram-se os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos tiveram origem a partir do impacto da industrialização, que trouxe problemas sociais e econômicos que levaram a insatisfações e busca por justiça social. Sarlet (2012) observa que a segunda dimensão é positiva, ou seja, exige ação do Estado, que deverá utilizar-se dos meios necessários na garantia dos direitos de segunda dimensão à sociedade.

Ainda, os direitos fundamentais de segunda dimensão se consolidaram no

período pós- Segunda Guerra, quando passaram a ter previsão em diversas Constituições e pactos internacionais. Rissi (2017) cita que os direitos de segunda dimensão são, também, conhecidos como “liberdades sociais”, vez que consolidaram a liberdade de sindicalização, o direito de greve, o direito a férias e outros direitos fundamentais do ramo do Direito do Trabalho.

Dessa forma, os direitos sociais surgiram como uma resposta das classes sociais menos favorecidas, que buscavam mais direitos e garantias. O Estado Liberal de Direito, que propunha o *laissez-faire*, precisava evoluir aos anseios das demais parcelas da sociedade, que demandavam maior proteção do Estado. Daí a necessidade dos direitos sociais serem, também, alçados ao rol de direitos fundamentais.

Lemos (2018) ensina que o direito fundamental ao trabalho foi constitucionalizado a partir da segunda metade do Século XX, com as Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919. Afirma, ainda, a autora que “a garantia de um patamar mínimo civilizatório de direitos trabalhistas é condição para alcançar o valor da dignidade no trabalho, destacando-se a importância da constitucionalização do Direito do Trabalho”.

Nesse sentido, Lemos (2018) argumenta que

“o enquadramento do trabalho digno como direito fundamental afasta a viabilidade jurídica de reconhecimento de hipóteses de trabalho exercidas em condições indignas. No Estado Democrático de Direito o trabalho constitui direito fundamental, sendo assim, as hipóteses de sujeição pessoal não são admitidas pelo ordenamento jurídico”.

Com isso, a ideia do trabalho digno como direito fundamental do ser humano se justifica a partir do fato de que, com seu labor, o trabalhador possui condições de ter o necessário para a sua própria subsistência e de sua família.

No que tange a importância da valorização de condições dignas ao trabalhador, Maria Gabriela Delgado leciona que:

No desempenho das relações sociais, com destaque para as relações trabalhistas, deve ser vedada a violação da dignidade, o que significa que o sistema de valores a ser utilizado como diretriz do Estado Democrático de Direito não poderá se revelar

utilitarista. Deverá, em contrapartida, concentrar-se no ser humano enquanto pessoa.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 23, §1º, dispõe que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. No mesmo sentido apregoa o art. 6º, do Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio de uma atividade lícita, escolhida ou aceita”.

Em se tratando do ordenamento jurídico pátrio, o art. 7º da Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, alguns preceitos fundamentais que são inerentes aos trabalhadores, como forma de efetivar e viabilizar o trabalho em condições dignas.

Percebe-se que não há como falar em direitos fundamentais sem mencionar o preceito da valorização social do trabalho, disposto no art. 1º, IV, da Constituição Federal, bem como a garantia de meios que visem a proteção dos trabalhadores para que esses possam ter recursos de melhorar sua condição social de vida.

Por fim, convém mencionar o fato da Carta Magna alçar ao rol de cláusulas pétreas a proteção aos direitos e garantias individuais, cujo campo de abrangência abarca o direito ao trabalho digno, de forma que não serão admitidas propostas de alteração da Constituição com o fim de abolir as cláusulas consideradas como pétreas, dispostas no art. 60, §4º, da Lei Maior.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade. Rissi (2017) defende que sua titularidade é coletiva ou difusa, pois são destinados à proteção da família, do povo e da nação. Portanto, dependem de esforços e responsabilidades, tanto do governo quanto da sociedade, para serem efetivados. No âmbito desses direitos, Sarlet (2012) cita o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à qualidade de vida, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, bem como o direito à comunicação.

Por fim, apesar de a doutrina não ser pacífica quanto à existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, o professor Paulo Bonavides (2001) atribui a tal dimensão os direitos à democracia e à informação, sendo resultado da globalização dos direitos fundamentais.

O entendimento dos direitos sociais também se faz necessário em um trabalho que tenha por foco o direito à saúde. Rissi (2017) enumera dois sentidos no estudo dos direitos sociais: o objetivo, que representa o conjunto de normas que o Estado dispõe para equilibrar as desigualdades sociais; e o subjetivo, que seriam determinados direitos e prestações oferecidos pelos poderes públicos em benefício da vida social.

O direito à saúde foi instituído na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, garantindo que todo ser humano tem direito à saúde, sendo esta indispensável para uma vida humana digna, dentro do conceito de princípio do mínimo existencial fornecido pelo Estado. Faz-se mister entender o mundo no período pós Segunda Guerra para compreender a inclusão do direito à saúde na Declaração dos Direitos Humanos, como resultado da política do Estado de Bem-Estar Social - ou *Welfare State*, implementada nos países aliados, considerados vencedores daquele conflito.

O Estado do Bem-Estar Social foi construído a partir do critério do universalismo previsto no Estado Social, que trouxe a ampliação do conceito de cidadania. Segundo Ciarlini (*apud* Rissi, 2017), a ênfase do bem-estar social é que todos os indivíduos teriam direito a um conjunto de bens ou serviços disponibilizados pelo Estado, de forma direta ou indireta. Com isso, os cidadãos passaram a ter garantias quanto ao acesso a serviços de saúde, à educação integral, ao auxílio financeiro a desempregados, entre outros.

É sabido que o Estado do Bem-Estar Social não foi implementado no Brasil da mesma forma que o foi em alguns países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América, porém não se pode negar que tal política influenciou a criação de órgãos com o objetivo de atender demandas de parcelas menos favorecidas da população. Ciarlini (*apud* Rissi, 2017) cita a criação de toda uma estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social, até chegar à promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde - SUS.

No Direito Constitucional brasileiro, a prestação de direitos ao cidadão está consolidada no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que visa garantir o mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana, conforme dispõe:

Art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história nacional a tratar o direito à saúde como fundamental, prevendo que a garantia de sua efetivação se dará em competência comum entre os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios), conforme determina o art. 23, II¹, da Carta Magna. Ainda, o disposto no artigo 196 da Constituição corrobora tal entendimento:

Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Para compreender o porquê da Constituição Federal de 1988 ter elencado o direito à saúde como fundamental, é necessário citar a reforma sanitária ocorrida no Brasil na segunda metade nos anos de 1970, movimento que surgiu como resposta à insatisfação dos serviços prestados pelo Estado brasileiro à população, visto que as desigualdades sociais vinham aumentando consideravelmente após o fim do período conhecido como “milagre econômico brasileiro”.

Os princípios centrais adotados na reforma sanitária foram: direito universal à saúde; o papel regulador do Estado em relação ao mercado de saúde; descentralização, regionalização e hierarquização do sistema; participação popular; controle democrático e necessidade de integração entre saúde privada e saúde pública. A consolidação desses princípios levou à criação do Sistema Único

¹ Art. 23. “É de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

de Saúde - SUS, previsto no art. 198² da Carta Magna e na Lei nº 8.080/1990.

Portanto, o SUS é o principal ator na efetivação das ações de saúde pública, com atendimento integral, regionalizado, descentralizado e hierarquizado, no âmbito das três esferas de governo, com prioridade na prevenção de doenças e participação da comunidade.

Faz-se mister ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, prevê a possibilidade de participação de instituições privadas no Sistema Único de Saúde, de forma complementar, desde que respeitados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do SUS, mediante convênio ou contrato público. É dada preferência às entidades filantrópicas e àquelas sem fins lucrativos, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Porém, mesmo com toda a estrutura do SUS e a participação complementar de instituições privadas, é certo que os recursos públicos disponíveis não são suficientes para implementar todos os procedimentos esperados na área da saúde, devendo a Administração Pública priorizar ações mais importantes, dentro do juízo sobre o princípio da reserva do possível.

Tal fato abre margem para eventual controle judicial das políticas públicas na área da saúde, sem desprezar o princípio da separação dos poderes, posto que o Poder Judiciário poderia ser provocado para garantir as medidas básicas e urgentes para garantir a vida, direito fundamental, a partir da compreensão do princípio do mínimo existencial. Nas palavras do Ministro do STF, Celso de Mello, no RE 393.175 AgR, de 12/12/2006):

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem

² Art. 198. “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade (...)”

a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequências constitucionais indissociáveis do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

Para dar sequência ao artigo, faz-se mister entender o que seriam os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, que vem tendo destaque nas decisões judiciais no âmbito do direito à saúde.

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) surgiu em julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 18 de julho de 1972, que discutiu a constitucionalidade, em controle concreto, de duas leis estaduais: de Hamburgo e da região da Baviera. Ambas as leis estabeleciam limitações ao ingresso no ensino superior referente ao curso de Medicina, fato questionado perante o referido tribunal.

Em sua decisão, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu que os gastos necessários para abertura de novas vagas no curso de Medicina nas duas regiões não atenderia aos interesses prioritários da coletividade. O tribunal baseou-se no princípio da razoabilidade ao decidir “pela impossibilidade de se destinar recursos do Estado, mesmo que existentes, para conceder privilégios a poucos em detrimento das demais demandas sociais” (CASTRO, 2016).

Para Sarlet (*apud* Castro, 2016), juridicamente, o mínimo existencial refere-se ao “conjunto das condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna”. Portanto, o conceito de mínimo existencial relaciona-se com o entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana. Ainda de acordo com Sarlet:

“No caso particular das prestações positivas estatais, o valor destinado à garantia das condições existenciais mínimas está vinculado espacial e temporalmente ao padrão socioeconômico, sujeito às flutuações não apenas nas esferas econômica e financeira, como também às expectativas e necessidades vigentes”.

Para Rissi (2017), o entendimento do princípio do mínimo existencial passa pela compreensão do que representam as condições básicas para a existência humana somadas aos elementos necessários ao exercício de sua dignidade.

Ante o exposto nos parágrafos anteriores, resta analisar se ao não garantir as condições básicas com os recursos disponíveis à saúde pública, sob a justificativa do princípio da reserva do possível, o Estado poderia ser responsabilizado, tendo em vista possível judicialização por uma atuação mais condizente com as garantias do mínimo existencial.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A obrigação de reparar um dano causado a outrem é tutelada no atual Código Civil Brasileiro, de onde se extrai a ideia de que ninguém deverá causar prejuízo ao outro, de forma a consolidar a efetiva reparação abstrata do dano a um sujeito.

Convém nos atentarmos para o fato de que a reparação do dano se faz presente na sociedade desde os primórdios, remonta à antiguidade a ideia de reparação privada consolidada na lei de *Talião*, onde o ofendido poderia buscar a reparação na mesma proporção do dano ou além dele.

A palavra responsabilidade vem do latim *respondere*, que deriva de *spondeo* (TARTUCE, 2018), podendo ser entendida como um juramento ou uma promessa que uma pessoa fazia a outra quando estas celebravam um acordo, mais comumente verbal e, por essa promessa, a parte se responsabilizava pelo cumprimento.

A Responsabilidade Civil pode ser conceituada como o instituto jurídico que visa à reparação de uma atividade que causou um dano ilícito a alguém (GAGLIANO & FILHO, 2017). Portanto, trata-se da efetiva obrigação patrimonial de reparar um dano moral ou extrapatrimonial a alguém em decorrência de alguma inobservância a um dever jurídico convencional ou legal (MELO, *apud* TARTUCE, 2018).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar

o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.”

A responsabilidade civil destina-se a buscar um equilíbrio moral e patrimonial, conforme os ditames da legislação, resguardando um bem. Trata-se de um direito obrigacional, pois obriga quem cometeu um dano a reparar o ato ilícito, fazendo com que o patrimônio do devedor responda por suas obrigações.

A inserção da responsabilidade dentro do rol de direitos fundamentais, especificamente no art. 5º, V e X da CF/88, bem como no Código Civil – CC/2002, demonstra a preocupação do Estado em prevenir e reprimir ações que possam causar danos a outrem, visto que, após o surgimento da noção de soberania, o Estado veda qualquer tipo de vingança e passa a punir o agente ofensor, de forma a manter o equilíbrio nas relações sociais. Ou seja, o Estado traz para si a reponsabilidade de executar a obrigação.

Para tornar mais didático o estudo desse instituto, o atual Código Civil Brasileiro, - como o da França, Itália e Portugal – adotou o modelo dualista, existindo, assim, dois tipos de Reponsabilidade Civil: a contratual e a extracontratual (TARTUCE, 2018).

A responsabilidade contratual, expressa nos arts. 389 e s. e 395 e s., do CC/2002, deriva do acordo celebrado pelas partes, ou seja, aqui existe anuência das partes que decidem celebrar um tratado entre si, podendo o acordo ser tácito ou expresso, como ocorre, por exemplo, nos diversos tipos de contratos de compra e venda.

Por outro lado, o contrato extracontratual ou *aquiliana*, expresso nos arts. 186 a 188 e 927 e s. do CC/2002, é o contrato em que o agente contraria um dever legal, ou seja, comete um ato em desfavor dos direitos de outrem que são previstos em lei. Tomemos, por exemplo o caso de uma pessoa que bate acidentalmente seu carro no carro de outra. Nesse caso, percebemos que mesmo não havendo qualquer acordo, prevendo uma possível colisão entre as partes, o causador do dano tem a obrigação de ressarcir os prejuízos causados a outrem.

Há alguns autores que defendem estar obsoleta essa teoria dualista, uma

vez que as duas espécies visam à mesma finalidade por obedecerem aos mesmos princípios.

Ademais, a reponsabilidade civil também é classificada como subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva decorre de uma ação dolosa ou culposa, neste último caso, através da negligência ou imprudência, preconizado no art. 186 do Código Civil.

Segundo leciona Gagliano e Filho (2017), a noção de responsabilidade civil subjetiva decorre da ideia de que cada um responde pela própria culpa e por se caracterizar um fato constitutivo de direito, com a pretensão do lesado em obter a reparação, incumbe ao autor provar a culpa do réu.

Desta forma, a responsabilidade civil subjetiva exige a existência de um dano, da culpabilidade do agente e do nexos causal entre a conduta e o dano causado.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva ou teoria do risco é aquela onde a culpa ou dolo são irrelevantes, pois só leva em consideração o nexos entre o dano e a conduta do agente. Esta teoria entende que todo o dano é indenizável, independente de culpa, conforme parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Na responsabilidade objetiva a culpa é prescindível, diferentemente do nexos de causalidade, pois não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao dano, podendo o réu se eximir da obrigação de reparar, caso comprove que houve exclusiva culpa da vítima na efetivação do dano.

Cumprе ressaltar que, em 5 de setembro de 2019, o STF, na decisão proferida no RE 828040, considerando o entendimento que o acidente do trabalho constitui indenização ao trabalhador, entendeu que os empregadores respondem objetivamente pelos acidentes de trabalho, com base na teoria do risco, ampliando assim a aplicação da responsabilidade objetiva.

3.1 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Na antiguidade, não havia a possibilidade de responsabilidade do ente estatal e tampouco havia mecanismos de defesa contra os atos do grande Leviatã³.

³ Conceituado no Livro de Thomas Hobbes "*The Leviathan*", o Leviatã faz menção ao Estado ou Cidade, que são detentores de soberania.

Na verdade, durante o Absolutismo, o Estado, representado na figura do rei, detinha o poder de fazer as leis e executá-las como bem entendia.

Conforme assinala Maria Sylvia Zanella de Pietro:

“O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno, em benefício dos direitos individuais.”

Com a superação do preceito *“The king can do no wrong”*, passou-se a considerar o ente público como responsável pelo dano causado ao povo, resultante da ação ou omissão de seus prepostos, durante o exercício da função pública. Conforme assinala De Page: o Estado e os poderes públicos não têm o direito de lesar a pessoa e os bens de outrem; o Estado, genericamente, em qualquer de suas ordens – União, Estado, Município; o Estado em qualquer de suas funções ou de seus Poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário (DE-PAGE, *apud*, SILVA, 2019).

No atual ordenamento jurídico brasileiro, o Estado responde de maneira objetiva, não necessitando da comprovação do elemento subjetivo de culpa ou dolo para ser obrigado a reparar o dano que seus agentes causarem a outrem.

O artigo 37, § 6º da Constituição de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado com o seguinte texto:

“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.”

No mesmo sentido, o consagrado Código Civil de 2002, em seu art. 43, disciplina que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver por parte destes, culpa ou dolo”.

A responsabilidade objetiva do ente público representa a teoria do risco

administrativo, entendendo que o Estado se obriga a reparar o dano desinente de suas atividades. Como bem conceitua Cavalieri: em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.

Na decisão proferida no julgamento do REsp n. 3.604-SP, perante a egrégia Segunda Turma do STJ, o Ministro Ilmar Galvão assentou:

Administrativo. Indenização por danos morais, postulada pelos pais de operário solteiro, que vivia em sua companhia, vítima de violências praticadas por policiais. Cumulação com danos patrimoniais. Admissibilidade. **O Estado é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, devendo a indenização cobrir danos morais e materiais. Recurso pela letra c, que se conhece, para negar-lhe provimento.** (Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 22.10.1990). (grifo nosso).

Em que pese a soberania do Estado, esta encontra-se associada ao império da lei, ante a ausência de escusa sobre qualquer obrigação que lhe caiba reparação quando seus agentes causarem dano. Podendo, quando cabível, ajuizar ação de regresso contra o agente causador do dano que houver agido com culpa ou dolo, na ação ou omissão.

3.2 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Compreendendo a essência da responsabilidade civil, verifica-se a teoria da perda de uma chance como uma possibilidade a mais para efetivar a indenização. Observa-se que, nos últimos anos, a responsabilidade civil vem avançando para ampliar a reparação, saindo unicamente dos danos diretos e tangíveis, mas também, aos danos intangíveis e a determinadas expectativas (LEVIT, *apud*, AMARAL, 2015), permeando também o campo de probabilidades e possibilidades.

A teoria da perda de uma chance surge na França, em 1889, tendo em vista a dificuldade da parte para comprovar, em determinadas situações, o elo entre nexos causal, a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima para obter a reparação civil. Ela surge com a necessidade de comprovar a perda de chances reais que

causaram um dano.

A perda de uma chance encontra espaço no direito cível, pois se trata de indenização pecuniária, já que houve o prejuízo patrimonial financeiro do lesionado e o causador do dano responderá com o seu patrimônio.

Sendo assim, a teoria da perda de uma chance pode ser definida como: “o termo chance significa, em sentido jurídico, a probabilidade de obter um lucro ou evitar uma perda. Assim entendida, a perda de uma chance assumiria um valor econômico, um conteúdo patrimonial” (SAVI, *apud*, CARNAVAL, 2012). Reveste-se de valor jurídico, pois priva o lesionado de uma oportunidade de obter vantagem ou de evitar uma lesão causada por terceiro (TORRE & PEREIRA, 2015).

Entretanto, alguns juristas entendem ser inadmissível tal espécie de responsabilidade civil por estar inserida na seara do dano hipotético, onde não há possibilidade de determinar qual seria o resultado. Contrário a esse posicionamento, a teoria da perda de uma chance vem ganhando cada vez mais espaço entre os tribunais brasileiros, que entendem ser perfeitamente cabível.

A decisão proferida pelo STJ, no julgamento do REsp 788.459/BA, entendeu que uma participante de um programa de televisão teve sua chance tirada, pois não havia resposta certa para a pergunta que ela deveria responder. No mesmo sentido, a decisão da Corte proferida no AREsp 173.148-AgRg/RJ, demonstra a possibilidade de aplicação da perda de uma chance na Responsabilidade Civil do Estado em não fornecer medicamento adequado a paciente.

Consoante a aplicação da perda de uma chance no Direito Civil brasileiro, o Conselho da Justiça Federal editou o enunciado 444, aprovado na 5ª Jornada de Direito Civil, com o seguinte teor:

“A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar, também, a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”

Tendo em vista o teor do enunciado editado pelo CJF, bem como da pesquisa sobre Responsabilidade Civil do Estado, faz-se mister comparar os conceitos

apresentados com a recente realidade da judicialização em demandas que envolvam direito à saúde. Questiona-se a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelo atendimento insatisfatório, ou se poderá limitar sua atuação, com base no princípio da reserva do possível.

4 O CONFLITO ENTRE A OFERTA E DEMANDA DE AÇÕES DO ESTADO NA APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Sabe-se que a realidade do Brasil é semelhante à dos países pobres ou em desenvolvimento. Portanto, a medida do que vem a ser o mínimo existencial, tem uma abrangência maior do que o mesmo conceito representa para as nações ricas. A realidade brasileira é de maior necessidade de proteção estatal aos bens considerados essenciais a uma vida digna.

A teoria do mínimo existencial tem relação direta com os direitos sociais, dada a necessidade de prestações assistenciais exigíveis do Estado Democrático de Direito, por meio da distribuição da riqueza pública a partir da incidência tributária. Dessa forma, a partir da arrecadação do Estado, o recurso financeiro deverá ser destinado à realização das despesas para o eficiente funcionamento das instituições, assim como do atendimento às políticas públicas assistenciais.

A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 3º, I, ser um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Com isso, delegou para o Direito Tributário a necessidade de se constituir uma política fiscal que obedeça aos princípios da liberdade, justiça social e solidariedade. Esse entendimento nos leva à conclusão de que a tributação existe como meio para a realização da justiça social e, por consequência, ao alcance de uma vida digna para toda a sociedade.

A proteção estatal também se caracteriza por meio das prestações negativas, ou seja, não intervenção do Estado. Rissi (2017) conclui que a garantia das condições mínimas de vida digna do ser humano não se realiza somente com as prestações assistenciais de primeira dimensão, mas também pela não intervenção do Estado no percentual de incapacidade contributiva do indivíduo. Portanto, para o referido autor, a garantia do mínimo existencial se trata, também, de uma

limitação ao poder de tributar dos entes políticos (União, Estados, DF e Municípios).

Apesar do princípio do mínimo existencial não estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sua força normativa está relacionada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Além disso, o respeito ao mínimo existencial é percebido em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Quando se estuda o Direito Tributário nacional, há no ordenamento jurídico imunidades elencadas referentes ao mínimo existencial, tanto explícita como implicitamente. Destaque para a proibição da incidência de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviço das instituições de educação e assistência de cunho filantrópico, que prestam serviços à parcela da população sem recursos, exercendo atividade em substituição ao Estado, conforme disposto no art. 150, VI, c, da Constituição Federal de 1988.

Em relação à proteção aos direitos sociais, o art. 198 da Constituição Federal de 1988 garante aos necessitados a gratuidade da assistência médica preventiva e o atendimento em hospitais públicos. Já o art. 203 prevê a assistência social independente de contribuição ao sistema de seguridade social.

O art. 206 da Carta Magna prestigia a educação da parcela mais pobre da sociedade, oferecendo a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Na mesma direção, o art. 208, I, estabelece que haverá prestação de ensino fundamental a quem não teve acesso na idade devida, garantindo que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Em relação ao Direito à Saúde, vale destacar a Emenda Constitucional nº 29/2000, que dispôs sobre a vinculação de receitas dos entes políticos a ações e serviços públicos de saúde.

Com relação a legislação infraconstitucional, a Lei nº 8.080/1990 - Lei Orgânica da Saúde - organiza o Sistema Único de Saúde (SUS) ao prever um conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas. O art. 6º da referida lei dispõe sobre as ações incluídas no campo de atuação do SUS: “vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador e assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Ainda, o §1º do citado artigo define vigilância sanitária como: “um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde”.

A vigilância epidemiológica, conforme dispõe o art. 6º, §2º, da Lei Orgânica da Saúde, é definida por meio de: “ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos”.

Em relação à saúde do trabalhador, o objetivo principal é possibilitar sua integridade física e mental, a fim de que possa obter por si próprio o necessário ao seu sustento e de sua família. A Lei nº 8.080/1990 define, no art. 6º, §3º, ser:

“Um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho”.

Convém, ainda, mencionar as diretrizes do SUS, que estão elencadas no art. 7º da Lei Orgânica da Saúde, com destaque para:

“(…) I – Universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II – Integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos;
III – Preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
IV – Igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios; V – Direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde (…)”

Outra medida que merece destaque na consolidação ao direito à saúde é o Decreto nº 5.090/2004, que regulamenta a Lei nº 10.858/2004 e instituiu o programa “Farmácia Popular do Brasil”, cujos objetivos expressos são:

- I – Universalizar o acesso da população a medicamentos essenciais;
- II – Minimizar os custos com medicamentos básicos para os cidadãos atendidos pela rede privada de saúde;
- III – Diminuir o impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar”.

O princípio do mínimo existencial não é o único observado nas ações e serviços públicos aplicados ao Direito à Saúde no Brasil, mas também o princípio da reserva do possível, cujo conceito foi importado para o Brasil. É constantemente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões para justificar a impossibilidade de concessão de demandas, principalmente na área de saúde, educação e pagamento de precatórios (CASTRO, 2016).

Mais precisamente, Castro (2016) cita um estudo de jurisprudência feito em 2010, por Daniel Wang, quando observou-se que, até 2007, o Supremo Tribunal Federal não fazia uso da teoria da reserva do possível para denegar decisões em demandas na área da saúde.

Por consequência, o estudo das decisões proferidas em âmbito do direito à saúde no Brasil, em que se utiliza a teoria da reserva do possível como argumento para limitar a concessão de demandas sociais, é bastante recente.

Porém, tal entendimento jurisprudencial já é passível de críticas, vez que não se pode comparar o nível de Estado Social existente na Alemanha e nos demais países do chamado grupo dos “países de primeiro mundo” com o Estado brasileiro, que ainda não conseguiu erradicar a pobreza nem tampouco diminuir de forma eficaz a grave desigualdade social existente.

Conforme dito anteriormente, o direito à saúde tem status de direito fundamental vinculado à noção de direito à vida, bem como à dignidade da pessoa humana; mas também é um direito social. Além disso, a Constituição Federal de 1988 alinhou-se com o entendimento da Organização Mundial da Saúde (OMS), em que o conceito de saúde abarca medidas preventivas, curativas e promocionais (CASTRO, 2016).

Portanto, cabe ao Poder Judiciário garantir a efetiva aplicação dos direitos fundamentais quando os poderes Executivo e Legislativo deixam de fazê-lo.

Dessa forma, como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal

tem o papel de garantir direitos fundamentais aos cidadãos quando esses direitos são negligenciados pelos demais poderes.

Ao analisar cada demanda, a Corte Suprema deve definir se está diante de um direito fundamental, que tem de ser concedido sob o argumento de que o Estado deve garantir o mínimo existencial à população, ou se está diante de uma demanda por direito social, podendo haver limitação, em contrapartida ao interesse público, de acordo com o princípio da razoabilidade.

No entanto, ao basear suas decisões na teoria da reserva do possível e limitar demandas no âmbito do direito à saúde, o Poder Judiciário tem sido alvo de críticas da doutrina, que questiona se não estaria, de alguma forma, desrespeitando o princípio da separação dos poderes, já que não compete ao Judiciário discutir sobre prioridades orçamentárias do Estado, mas sim aos Poderes Executivo e Legislativo.

É sabido que a evolução da pandemia do Coronavírus no Brasil trouxe diversos questionamentos em relação ao atendimento do SUS frente às necessidades da população, não só em relação aos mais necessitados, tendo em vista a crescente demanda por atendimento intensivo nos hospitais públicos e privados.

Os planos de enfrentamento nas esferas de Governo focaram na prevenção do contágio, de forma a fechar comércio, escolas e atividades coletivas não essenciais. Portanto, a prevenção à saúde no combate à pandemia deu-se com a necessidade de isolamento social promovido pelos entes políticos. Daí surgiram questionamentos sobre a responsabilização do Estado na garantia dos direitos à saúde e ao trabalhador.

5 PROTEÇÃO E SAÚDE DO TRABALHADOR NO PERÍODO DE PANDEMIA

A pandemia provocada pelo COVID-19 desencadeou uma série de caos em praticamente todo o mundo e infelizmente no Brasil não foi diferente. A atenção do mundo se voltou para a saúde pública, fazendo os governantes adotarem medidas na tentativa de evitar que a doença provocada pelo Coronavírus atingisse boa parte da população.

Mesmo tendo provocado a suspensão da maioria das atividades comerciais, colocando boa parte do mundo em quarentena, as atividades consideradas essenciais não foram paralisadas. Essas atividades, em sua maioria, não poderiam ser exercidas remotamente, a exemplo dos atendimentos médicos, dos fornecimentos de remédios pelas drogarias, das atividades ligadas à segurança pública, do fornecimento de alimento por supermercados e padarias.

Com isso, os empregados em atividades essenciais tiveram de se adaptar na maneira de trabalhar presencialmente. Ocorre que mesmo com as medidas adotadas, esses trabalhadores não estavam imunes à contaminação pelo vírus.

Analisando os dados e as informações sobre a pandemia, verifica-se que muitos contaminados foram trabalhadores que provavelmente contraíram o vírus no ambiente de trabalho, a exemplo dos trabalhadores da cidade de Wuhan, considerada o epicentro do COVID-19. Já no Brasil, o segundo óbito registrado foi de uma empregada doméstica que contraiu a doença no ambiente de trabalho (FILHO, *et al.*, 2020).

Publicada em 22 de março de 2020, a MP 927, que dispõe sobre as medidas trabalhistas adotadas no estado de calamidade pública, previa em seu art. 29 que a contaminação do trabalhador pelo Coronavírus não seria considerada doença ocupacional, salvo se houvesse a comprovação do nexo causal.

A crítica que tece sobre a comprovação do nexo causal pelo empregador fixa-se no plano da dificuldade, ou quase impossibilidade, de o trabalhador comprovar o nexo causal da contaminação dentro do ambiente de trabalho, pois no caso Responsabilidade Subjetiva cabe ao autor do pedido comprovar o pleito, sob pena de decadência do seu direito.

Conforme informações colhidas da Agencia Senado, o STF, no dia 29 de março de 2020, deferiu o pedido de suspensão da eficácia do artigo, após pedido feito em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, ajuizadas contra a MP por entidades representativas de trabalhadores e partidos políticos.

Com essa decisão, o STF retira a responsabilidade subjetiva e transforma-a em objetiva, uma vez que transfere ao empregador o ônus de provar que cumpriu com as medidas de saúde e segurança, não havendo nexo causal da contaminação do trabalhador no ambiente laboral, para a fim de se eximir da responsabilização.

Ao ser considerada doença ocupacional, os trabalhadores que forem contaminados com o Coronavírus passam a ser amparados pela Previdência Social.

Assim como o direito à saúde, a seguridade do trabalhador também encontra escopo no rol de direitos fundamentais, especificadamente no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, obrigando a filiação dos trabalhadores com carteira assinada ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a realização da perícia médica, da reabilitação do trabalhador e do pagamento de benefícios, conforme dispõe o art. 201 da CF/88.

Sendo assim, quando um trabalhador filiado ao RGPS sofre um acidente de trabalho, a remuneração dos primeiros 15 dias fica sob responsabilidade do empregador efetuar o pagamento. Já o período que ultrapassar os 15 dias, caberá o pagamento ao INSS, sendo que o trabalhador terá que se dirigir àquele órgão para a realização da perícia médica.

Ademais, o trabalhador que adquirir o vírus terá direito ao benefício B 91, que não exige período mínimo de carência, bem como garante a esse trabalhador estabilidade relativa no emprego pelo período de 12 meses, a contar da data de seu retorno.

Diante da suspensão dos artigos da MP 927, volta-se a atenção para a saúde do empregado, já que a responsabilidade objetiva do empregador o leva a tomar medidas mais severas para inibir a contaminação do empregado.

Ante a precariedade de legislação específica a respeito do acidente do trabalho no âmbito público, diferentemente do que ocorre nas relações trabalhistas, questiona-se a responsabilidade do Estado perante os seus agentes que forem infectados exercendo atividade pública, no período de pandemia, a exemplo de médicos, policiais e integrantes do corpo de bombeiros.

O PL 1820/20, aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 21 de maio de 2020, prevê o pagamento de uma indenização aos médicos, profissionais de saúde e trabalhadores que dão apoio ao funcionamento das instituições, ligados direta ou indiretamente à área da saúde, caso fiquem incapacitados ao trabalho ou morrerem em decorrência da contaminação pelo Covid-19.

Outras categorias, a exemplo da Polícia Civil do Distrito Federal, pleiteavam,

por meio dos respectivos sindicatos, para que policiais e delegados contaminados também fossem tratados como acidente de trabalho, fato que, em caso de morte do servidor público, geraria obrigação do Estado em indenizar os dependentes. Menciona-se, também, que boa parte dos infectados em todo o país foram policiais civis, militares e penais.

Além do mais, a saúde de todos os trabalhadores, públicos ou privados, merece especial atenção na proteção de seus direitos, sendo perfeitamente cabível, conforme estudado em tópicos anteriores, a responsabilidade objetiva do ente estatal na demora da prestação do serviço público de saúde, podendo o trabalhador, via instrumentos legais, recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter a reparação de seus danos.

Quando se fala em efetividade do direito à saúde, denota que há uma prestação positiva, por meio do cumprimento de uma obrigação do governo para executar aquilo que é de sua atribuição, vez que a saúde é direito de todos e se torna obrigação do Estado.

O direito a saúde avoca a ideia de que todo ser humano tem direito a uma condição digna para sua existência, já que tal direito é correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana, indispensável a uma vida humana digna, estando atrelado à garantia do mínimo existencial, condição necessária para o bem-estar social.

Verifica-se que os motivos que levaram a Constituição Federal trazer, dentro do capítulo de Seguridade Social, uma seção só para a saúde foi a preocupação com a saúde dos trabalhadores, tendo esses pontos sido debatidos na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, conforme verificamos no site da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Através das teses elaboradas pela equipe médica, a CF/88 trouxe em seu dispositivo a criação do Sistema Único de Saúde.

Com a criação do SUS, o governo busca promover a saúde pública, já que avocou para si a responsabilidade da preservação do direito à saúde, criando também normas infraconstitucionais que dispõem sobre condições para a promoção, proteção, organização e funcionamento dos serviços relacionados à saúde pública, como Lei nº 8.142/90, que regulamenta sobre os recursos financeiros destinados ao custeamento das despesas.

Lamentavelmente, o que ocorre em boa parte do Brasil, atualmente, é uma realidade distante do SUS previsto na legislação, pois apesar de ser referência mundial, o SUS não tem sido priorizado como deveria, conforme informações colhidas no site do Conselho Nacional de Secretários da Saúde (CONASS):

“O dia a dia dos serviços mostra uma realidade muito diferente do conceito original do SUS. Perversas desigualdades no acesso e no uso dos serviços, longas filas de espera para consultas, mau atendimento, superlotação das emergências, escassez de recursos nas unidades de saúde, falta de leitos hospitalares e demora para a marcação de exames são alguns dos problemas”.

A afirmação do sanitarista Nelson Rodrigues é de que: “o problema do SUS é que aqueles que estão na gestão não acreditam no SUS tal como foi proposto na Constituição”. No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes expressa que o que ocorre não é a inexistência de legislação, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados, para que a saúde pública seja efetivada.

O princípio da reserva do possível, que deriva da ideia de que alguns direitos só poderão ser cumpridos quando há recursos públicos suficientes, é por muitas vezes utilizado para justificar a falta de destinação de recursos à saúde pública.

A crise de saúde pública provocada pelo COVID-19 fez boa parte dos problemas organizacionais e estruturais do SUS se evidenciarem, bem como acentuou o descaso das autoridades públicas com a área da saúde. Em alguns casos, a falta de recursos financeiros não é o principal problema, mas sim a má gestão da Administração Pública em propiciar à população um sistema público de qualidade.

Conforme informação dada pelo médico intensivista Ederlon Rezende à TV Cultura, a repercussão da pandemia no Brasil ocorre de maneira distinta, visto que cada Estado reage diferentemente, e as UTIS de alguns lugares são melhores do que em outros. Portanto, observa-se que a crise do sistema público de saúde afeta mais alguns estados do que outros.

A exemplo do colapso da saúde pública na cidade de Manaus, que registou mais de mil mortes pelo Coronavírus. A visita do ex-Ministro da Saúde, Nelson

Teich, ao estado do Amazonas, no dia 4 de maio de 2020, revela o problema de gestão da saúde pública, já que para o ex-ministro o ideal para diminuir a crise em Manaus seria otimizar o funcionamento do hospital, frisando que o Governo Federal possui recursos escassos para o combate ao Coronavírus.

Percebe-se que nem sempre a efetividade do direito à saúde é prestada de maneira simples, pois muitas vezes o Poder Judiciário se vê obrigado a atuar em demandas que exigem uma prestação positiva do Estado para entregar atendimento, procedimentos e medicamentos à população, já que o art. 5º, XXXV da CF/88 dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Outrossim, mostra-se adequada a aplicação da perda de uma chance quando o atendimento médico hospitalar não for devidamente prestado aos trabalhadores e a falta de tratamento oportuno, ou de fornecimento de medicamentos necessários, resultar em sequelas. Com a comprovação de que esse procedimento poderia evitar o dano, de acordo com perícia médica, será possível a responsabilização do ente estatal.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar como o Estado brasileiro garante o direito à saúde e como ocorre a efetivação deste perante a sociedade, mais precisamente para a classe trabalhadora. O objetivo foi alcançado através de análises históricas que asseveram a construção dela perante o tempo fazendo com que o Estado brasileiro fosse capaz de reconhecer o direito à saúde como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que a falta de norma não é a grande problemática na aplicação do Direito à saúde, uma vez que este foi reconhecido como direito fundamental de 2ª geração e, portanto, exige prestação positiva do Estado no que diz respeito às políticas de prevenção e atendimento. Em se tratando da realidade nacional, com destaque para o Sistema Único de Saúde.

Demonstrou-se que o texto Constitucional, bem como a legislação correlata, prevê a adoção de medidas que visam a diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, representando grande

conquista na vida do trabalhador. Mesmo com a adoção das medidas necessárias, ainda que estas não sejam capazes de preservar a saúde do trabalhador, haverá o direito de tratamento adequado pelo SUS.

Conclui-se que o SUS é de suma importância para a concretização do direito à saúde, mesmo com todos os problemas presentes no dia a dia, não há que se falar em um sistema falido ou ineficaz, mas de um sistema que apresenta falhas decorrentes da falta de uma gestão eficiente, bem como o constante desvio de recursos públicos.

No segundo objetivo do trabalho, fez-se necessário analisar a importância da responsabilidade civil no Direito brasileiro e como o instituto poderia ser aplicado ao Estado, como forma de proteger a população das irresponsabilidades dos gestores públicos.

Podemos perceber que a própria Constituição Federal tratou de imputar ao Estado a responsabilidade objetiva, na modalidade risco administrativo, para que o ente político venha a reparar o dano que seus agentes causarem, inclusive podendo responder pela oportunidade perdida ante a falta de prestação adequada.

Quanto à judicialização atual em que se argumenta pelo dispêndio de recursos do Estado, tendo em vista a garantia do mínimo existencial no Direito à saúde, como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, conclui-se que o Estado só poderá garantir as políticas públicas por meio da previsão de recursos orçamentários.

Portanto, sem os devidos recursos para atendimento à população, não há como garantir a eficiência necessária, justificando o contra-argumento de que Estado prestará o serviço público de saúde de acordo com o conceito de reserva do possível. Dessa forma, provoca-se o Poder Judiciário a analisar, em cada caso concreto, os fatos e as circunstâncias a fim de decidir qual princípio deverá prevalecer.

Ainda, ao analisarmos a responsabilidade do empregador e do Estado nos casos de contaminação pelo COVID-19, verificamos que ela pode se traduzir em reparação, por meio do auxílio acidentário, que possui a natureza indenizatória, respondendo o empregador objetivamente pelo dano causado ao empregado contaminado pelo Coronavírus.

Outrossim, a perda do direito ao tratamento adequado do trabalhador pelo SUS, que, ensejará em dano, poderá aplicar-se a perda de uma chance, com a comprovação de que o trabalhador teria chances de uma melhora se não tivesse o direito em ter um tratamento adequado retirado, poderá ocasionar em responsabilidade do ente Estatal, por se tratar de um preceito constitucional.

Conclui-se que a efetividade do direito à saúde poderá ocorrer de forma preventiva ou protetiva, visto que medidas adotadas para preservar a saúde, mais especificamente do trabalhador no ambiente de trabalho, podem se mostrar eficazes na diminuição da superlotação do SUS.

Ainda, a partir da intervenção do Poder Judiciário, posto que é possível ao cidadão que se considerar lesado buscar a reparação do prejuízo sofrido, seja pela inércia ou pela demora na prestação estatal no tratamento à saúde, caberá ao órgão julgador utilizar-se do princípio da proporcionalidade para adequar a solução possível ao caso concreto.

Espera-se que esse artigo consolide o entendimento de que um ambiente laboral eficiente na prevenção de doenças e acidentes de trabalho é fundamental para aliviar a sobrecarga no Sistema Único de Saúde, bem como para evitar o crescente número de demandas judiciais envolvendo prestação ineficiente do Estado no âmbito da saúde.

Por fim, sugere-se um estudo para verificar o papel dos gestores na execução de políticas públicas para que a prestação de serviços na área de saúde não tenha como resultado principal o tratamento de doenças, mas sim a prevenção delas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA, Senado. **Para STF, Covid-19 é doença ocupacional e auditores poderão autuar empresas.** Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/para-stf-covid-19-e-doenca-ocupacional-e-auditores-poderao-autuar-empresas> Acesso em: 20 de maio de 2020.

AMARAL, Ana Cláudia Correa Zuin Mattos do. **Responsabilidade Civil pela perda da chance: natureza jurídica e quantificação do dano.** Curitiba: Juruá, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa.** São

Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 20 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 28 de dezembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 393.175**. Voto do Ministro Relator, Celso de Mello. Brasília-DF, DJ. 12 de dezembro de 2006. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 20 de abril de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNAVAL, Ellen Maressa. **A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance**. Curitiba, 2012.

CASTRO, Emmanuelle Kozen. **A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo Judiciário nas demandas de saúde no Brasil**. Revista de Direito Universidade Federal de Viçosa, v. 08 n. 01. Viçosa, 2016.

COLLUCCI, Cláudia. **SUS: o futuro que não chega**. Disponível em: <http://www.conass.org.br/consensus/sus-o-futuro-que-nao-chega/> Acesso em: 20 de março de 2020.

COSTA, Danilo et al. **Saúde do Trabalhador no SUS: desafios para uma política pública**. Rev. bras. Saúde ocup., São Paulo, 38 (127): 11-30, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v38n127/v38n127a03.pdf> Acesso em: 20 de março de 2020.

CRUZ, Fundação Oswaldo. **Reforma Sanitária**. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria> Acesso em 25 de março de 2020
DELGADO, Gabriela Neves. **O Trabalho Enquanto Suporte De Valor**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG - Belo Horizonte - nº.49 / Jul. – Dez., 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FILHO, José Marçal Jackson et al. **A saúde do trabalhador e o enfrentamento da COVID-**

19. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, 2020; 45:e14. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v45/2317-6369-rbso-45-e14.pdf> Acesso em: 13 de maio de 2020.

FONSECA, Pedro. **Em Manaus, Teich fala em recursos escassos e descarta hospitais de campanha**. Disponível em:

<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2020/05/04/em-manaus-teich-diz-que-recursos-sao-escassos-e-nao-se-deve-pensar-agora-em-hospital-de-campanha.htm> Acesso em: 23 de maio de 2020.

FRANÇA, Júlio César França Lima. BRAGA, Ialê Falleiros. **Entrevista: Nelson Rodrigues dos Santos**. Disponível em

<https://www.scielo.br/pdf/tes/v6n3/15.pdf> Acesso em: 23 de março de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil**. 17. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**.

14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. **O dano existencial nas relações de trabalho intermitentes: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno**. Brasília: Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, 2018.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **O Leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Maryanna. **Câmara aprova indenização de R\$ 50 mil a dependentes de profissionais de saúde mortos pela Covid-19**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/663565-camara-aprova-indenizacao-de-r-50-mil-a-dependentes-de-profissionais-de-saude-mortos-pela-covid-19> Acesso em: 22 de maio de 2020.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. **Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o Estado Social como garantidor do direito fundamental à saúde**. Revista Pensamento Jurídico, vol. 12, nº 2, jul/dez 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S.1], 1789. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos>. Acesso em 21 de abril de 2020.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. **Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores**. História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.21, n.1, jan.-mar. 2014, p.15-35. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n1/0104-5970-hcsm-21-1-00015.pdf> Acesso em: 26 de março de 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERES, Sarah. **Sinpol pede que casos de covid-19 sejam tratados como acidente do trabalho**. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2020/05/20/interna_cidadesdf,856832/sinpol-pede-que-casos-de-covid-19-sejam-tratados-como-acidente-de-trab.shtml Acesso em: 21 de maio de 2020.

RISSI, Rosmar. **Teoria do mínimo existencial: Direitos Fundamentais Sociais e Democracia**. 1. ed. – Curitiba: Juruá Editora, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

TORRES, Felipe Soares. PEREIRA, Agnoclébia Santos. **O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas**. Revista dos Tribunais, 2015.

**Clique para voltar
ao Sumário**



A TEORIA DA POSIÇÃO ORIGINAL EM JOHN RAWLS: A PERCEPÇÃO DO LUGAR SOCIAL DOS BRASILEIROS ENQUANTO SUJEITOS CONSTITUCIONAIS

Rudyard Bruno da Silva Rios (Orientador: Prof. Dr. Fábio Liborio Rocha)

RESUMO: Este artigo apresenta uma discussão acerca de qual vem a ser o papel social dos brasileiros enquanto sujeitos constitucionais, sob uma ótica constitucional e também levando em consideração a teoria da posição original elaborada por John Rawls, filósofo do direito. Será levado em consideração o pensamento de Michel Rosenfeld, constitucionalista, que virá abordar o homem enquanto sujeito constitucional, abordando as suas vicissitudes e também facilitando a leitura que deve ser feita do homem a luz da constituição brasileira promulgada em 1988. A pesquisa é importante para compreender melhor o lugar do brasileiro enquanto sujeito constitucional, bem como perceber a emergência de um olhar constitucional onde há desafios postos advindos da história. O artigo apresenta elementos para um debate sobre a identidade constitucional, que todos, como sociedade, construíram nas últimas décadas. Ao final, apresenta uma conclusão no sentido de que a identidade constitucional brasileira aponta para a construção efetiva de um Estado Democrático de Direito, baseado na justiça, liberdade e solidariedade.

Palavras-chave: Sujeito Constitucional; Direitos Sociais; John Rawls; Michel Rosenfeld; Justiça.

ABSTRACT: This article presents a discussion about what is the social role of Brazilians as constitutional subjects, from a constitutional perspective and also taking into account the theory of the original position developed by John Rawls, a philosopher of law. The thought of Michel Rosenfeld, constitutionalist, will be taken into account, which will come to approach man as a constitutional subject, addressing his vicissitudes and also facilitating the reading that must be made of man in the light of the Brazilian constitution promulgated in 1988. Research is important for better understand the place of the Brazilian as a constitutional subject, as well as perceive the emergence of a constitutional look where there are challenges arising from history. The article presents elements for a debate on constitutional identity, which everyone, as a society, has built in recent decades. At the end, it presents a conclusion in the sense that the Brazilian constitutional identity points to the effective construction of a Democratic State of Law, based on justice, freedom and solidarity.

Keywords: Constitutional Subject, Social Rights, John Rawls, Michel Rosenfeld, Justice.

INTRODUÇÃO

Com o decorrer dos anos, é evidente que a redação Constitucional, no Brasil, com o advento da carta magna de 1988, trouxe valores fundamentais, contribuindo consideravelmente para uma evolução histórica, salvaguardando, assim, organização estatal, os direitos, as garantias e deveres fundamentais, os quais representam, em suma, as características primordiais do povo brasileiro, que nos distinguem de outras comunidades.

Neste sentido, a presente pesquisa utilizará a Constituição Federal de 1988, no que toca a parte dos Direitos Individuais e Coletivos, Capítulo I, Título II, Direitos Sociais, Capítulo II, tendo como objetivo, demonstrar o lugar social dos brasileiros, enquanto sujeitos constitucionais, ainda que possa ser refletido que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto.

Pode-se pensar em três possibilidades para responder esse problema. São elas: **a)** Sujeito constitucional de direitos e deveres que elabora as normas; **b)** Sujeito constitucional de direitos e deveres que estão sujeitos as proposições apresentadas no Congresso Nacional, e; **c)** Sujeito constitucional de direitos e deveres que estão sujeitos as fontes secundárias dos direitos (costumes, analogias, princípios...), aceitas como obrigatória pela consciência do povo, sem que o poder público a tenha estabelecido.

Rizzatto Nunes (2002) ensina que “o costume jurídico é norma jurídica obrigatória, imposta ao setor da realidade que regula, possível de imposição pela autoridade pública e em especial pelo poder judiciário.” Nesse sentido, os costumes de um dado povo é fonte do direito, pois pode ser aplicado pelo poder judiciário, uma vez que o próprio costume constitui uma imposição da sociedade.

A Lei, por sua vez, difere do costume por ser um preceito escrito, elaborado por um órgão competente, com forma estabelecida. É em seu conceito jurídico, a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato, que lhe é outorgado pelo povo. Também é derivada do latim *lex*, de *legere* – escrever, atribuindo-se por sua etimologia o que está escrito.

A realidade é que o costume é o verdadeiro direito, pois é a primeira manifestação da ética de um povo, uma espécie de ética natural. O direito nada mais é, que a expressão genuína da consciência de uma sociedade e não um produto do legislador. O legislador não cria o direito, apenas o traduz em normas escritas existentes no espírito do povo (costume). Por este prisma, o direito deve ser o espelho do costume.

A realidade brasileira é que as normas jurídicas são elaboradas por sujeitos constitucionais de direitos e deveres, eleitos pelo povo através do voto. Desta feita, percebe-se que estas normas são elaboradas em grande percentual, por pessoas que não possuem conhecimento técnico e, muitas vezes, percepção dos efeitos jurídicos causados. Assim, nem sempre é compreendido o raciocínio subjetivo do legislador pela população, que tem diversos entendimentos a respeito.

Conseqüentemente, temos sujeitos constitucionais de direitos e deveres que serão receptores destas normas elaboradas e que, por não terem participado deste processo de construção normativa, embora tenham delegado a eles esse poder, por vezes, sentem-se, na prática, injustiçados pelos comandos legais que garantem ou não certas possibilidade jurídicas. Como por exemplo, cita-se uma situação fática conhecida como apresentação espontânea no direito penal, que consiste no comparecimento voluntário de uma pessoa após praticar conduta potencialmente criminosa, noticiando os fatos para a autoridade policial, atitude que repele a sua prisão em flagrante delito, consoante escólio doutrinário e fundamentos legais. Nesta ocasião, o sujeito poderá responder em liberdade.

Estas e outras situações desconhecidas pela população, são recepcionadas por alguns como um sinal de impunidade, visto que parece não ser por ora a vontade subjetiva do sujeito constitucional brasileiro, que escolheu alguém para representa-lo, tendo em vista que vive em um sistema parlamentarista. Deste modo, surge o interesse de pensar um pouco mais sobre qual é o papel do brasileiro enquanto sujeito constitucional, percebendo seus limites e também as conseqüências ocasionadas por suas atitudes tomadas.

1 PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DE CONTEÚDO DE LAURENCE BARDIN

A metodologia adotada para desenvolver o presente estudo, passa pela análise de conteúdo de Laurence Bardin, a qual ensina que a função social do conteúdo é a capacidade de interpretação e senso crítico acerca de um determinado estudo. (BARDIN, 2016)

Numa perspectiva histórica, a obra de Bardin destaca, primeiramente, o percurso histórico da análise do conteúdo. O texto lista que a técnica foi aplicada inicialmente nos Estados Unidos, acerca de quase meio século atrás, como um instrumento de análise das comunicações, embora já existam registros de textos interpretados anteriores a esse período, a esse exemplo cita-se a utilização da hermenêutica. Segundo a autora, a função primordial da análise do conteúdo é o desvendar crítico. (BARDIN, 2016)

Desta feita, será traçado um caminho pedagógico de modo a esgotar o assunto, sem omissão de nenhuma parte referente ao que se pretende expor, tomando cuidado com a fonte bibliográfica, de modo que os dados se refiram ao tema proposto como pesquisa para conclusão de curso.

A autora, de forma didática, explana que a análise de conteúdo dá-se início com uma primeira fase, também chamada de pré-análise, onde pode ser identificada com uma fase de organização: contato com o material pesquisado e também escolha deles tendo como requisito para seleção a exaustividade, a representatividade, a homogeneidade, a pertinência e a exclusividade. Na próxima categoria, deve-se utilizar exemplos de pesquisa obedecendo uma objetividade e finalidade. Na terceira fase e última, serão observados os resultados. (BARDIN, 2016)

Assim, destaca-se que o método adotado nesta pesquisa é qualitativo. A pesquisa é concebida principalmente numa perspectiva compreensiva, seu objeto de estudo é abordado de maneira aberta e ampla; sua coleta de dados é baseada nos métodos qualitativos que não implicam nenhuma quantificação ou mesmo nenhum tratamento, tais como a entrevista, a observação livre ou a coleta de documentos; ela permite uma análise qualitativa dos dados, onde as palavras são

analisadas diretamente por outras palavras sem a mediação de uma operação numérica; ela conduz a uma narração ou uma teoria. (COLIN,1996)

Por fim, podemos concluir que a análise de conteúdo é uma leitura “profunda”, determinada pelas condições oferecidas pelo sistema linguístico e objetiva a descoberta das relações existentes entre o conteúdo do discurso e os aspectos exteriores. Ademais, a técnica permite a compreensão, a utilização e a aplicação de um determinado conteúdo.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA EM JOHN RAWLS

Rawls é importante para esta pesquisa pois visa definir, integrar o sujeito, em relação com a justiça, de forma que esta relação se dê de forma equânime, partindo de um pressuposto que todos os bens sociais deveriam ser oferecidos igualmente. Essa aceção não exclui as desigualdades sabidas, uma vez que não é um impeditivo para que as aconteça. (RAWLS, 2016).

Para solucionar essa dificuldade, Rawls vale-se de uma estrutura básica de princípios, que conduzem sua teoria. Vejamos:

No que toca a **liberdade igual**, o fundamento lógico é possibilitar que todos tenham um direito democrático, que tenham acesso as liberdades de uma cidadania. Estas liberdades são igualdades de direitos políticos, liberdade de consciência e pensamento, onde ao estarem elencadas na constituição em um rol taxativo, precisam ser garantidas a todos que a ela se submete. (RAWLS, 2016)

Ademais, a liberdade é um direito fundamental do homem. Portanto, garanti-la enquanto princípio ordenador de uma sociedade é assegurar que as suas instituições permitam uma convivência digna e igual entre as pessoas. Por isso mesmo, possui como característica básica o fato de ser um direito irrenunciável e, ainda, segundo o autor, inegociável.

Vale dizer que Rawls não faz uma defesa ampla da liberdade (*lato sensu*), o que traria como implicação a necessidade de uma explanação acerca do que seria tal liberdade em si mesma, desta maneira, ele parte diretamente para uma análise e exposição das liberdades básicas, pois para pressupor a existência destas, há de se admitir, nem que seja implicitamente, que os cidadãos sejam livres.

O autor busca fundamentar seu princípio da igual liberdade a partir de uma forte garantia a um mínimo razoável de direitos a todos os indivíduos, que não possa ser transgredido em hipótese alguma por qualquer tipo de decisão que avalie que determinada vantagem social deve prevalecer frente a tais direitos oriundos da igual liberdade. E isto ocorre devido ao forte embate que o autor faz contra o utilitarismo¹, visto que deste, por vezes, se tem o princípio do sacrifício como que um critério justificador para se obterem maiores benefícios sociais. Nesta lógica utilitarista, o objetivo é o maior bem para o maior número de pessoas, mesmo que isto rompa com uma possível esfera de direitos que os cidadãos vistos em sua individualidade teriam, o que contraria o objetivo do autor.

Por fim, a liberdade igual rawlseniana visa dotar a sociedade de um mecanismo que escape do princípio do sacrifício (utilitarista), em face ao reconhecimento de que cada indivíduo possui um valor intrínseco que não deve ser violado em prol de nenhuma soma de interesses coletivos. E o diferencial da doutrina da justiça é apresentado na maneira em que “a força da justiça como equidade parece provir de duas coisas: a exigência de que todas as desigualdades sejam justificadas para os menos favorecidos e a prioridade da liberdade”. Fixa-se, através das palavras do autor, uma centralidade muito clara de sua teoria da justiça, demonstrada em torno do eixo que gravita entre uma justificação pública de interesses e um respeito a esfera de inviolabilidade de cada pessoa, garantidos pela igual liberdade, ambos objetivando em conjunto a estabilidade social. (RAWLS, 2016)

Relativamente ao **princípio de diferença**, Rawls traz uma concepção intensamente igualitária, no sentido de que, caso não haja uma situação que melhore ambas as partes, deve-se preferir uma distribuição igualitária. Estas curvas de indiferença tem a forma representada na figura 1 abaixo. (RAWLS, 2016)

¹ Utilitarismo: teoria desenvolvida na filosofia liberal inglesa, esp. em Bentham 1748-1832e Stuart Mill 1806- 1873, que considera a boa ação ou a boa regra de conduta caracterizáveis pela utilidade e pelo prazer que podem proporcionar a um indivíduo e, em extensão, à coletividade.

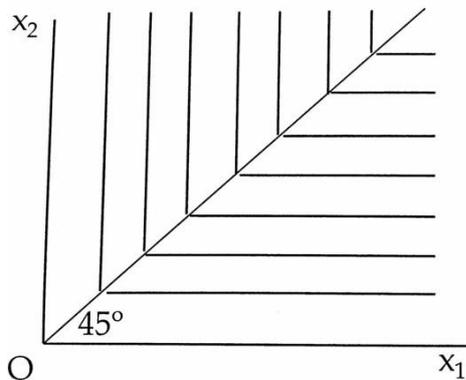


Figura 1 – Exemplo de Princípio da Diferença

Fonte: RAWLS, 2016

São curvas feitas de linhas verticais e horizontais que se cortam em ângulos retos na marca de 45°. Do ponto de vista do princípio da diferença, não há ganho algum, a não ser que a outra pessoa também ganhe. Destaca-se, entretanto, que tais diferenças só devam existir na medida em que aos menos favorecidos seja garantida uma posição mais satisfatória quanto à distribuição de benefícios e renda, em igualdade de condições para com os demais membros mais abastados da coletividade.

O princípio da diferença se justifica de acordo com o Rawls (2008), quando se compreende que as desigualdades decorrentes de diferentes origens, de sorte, no decorrer da vida e de dotação de talentos naturais não são merecidas por ninguém; pelo contrário, são arbitrárias do ponto de vista moral. As instituições que regulam uma sociedade que se pretende justa devem, portanto, compensar as consequências destas desigualdades através do princípio da diferença.

Olhando para o sujeito constitucional brasileiro, vê-se que os cidadãos enquistados no poder, além da garantia da estabilidade funcional, têm uma série infinita de benesses e privilégios que os cidadãos comuns, não tem, ficando assim evidente que tal princípio não é utilizado por aqueles que representam o povo. Rawls trás a seguinte assertiva:

As desigualdades económicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa, e b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2003, p.239)

Fica nítido assim que Rawls se preocupa com a conciliação entre a desigualdade com a liberdade, propondo uma forma de mitigação das diferenças, mediante a garantia do direito à igualdade equitativa de oportunidades, reforçando ainda mais o carácter igualitarista de sua teoria.

Por fim, no que tange ao **princípio da oportunidade justa**, subentende-se que as pessoas fazem os que as normas mandam e, com esta premissa, temos um sistema social que produzirá resultados justos. O autor traz um exemplo curioso no qual uma pessoa dividiria fatias de bolos a um determinado grupo, a deixando por ultimo para que pudesse ficar com um tamanho maior. Este é um fato que pode ser isolado em outros exemplos, mas que, sobretudo, apesar de varias suposições, destaca-se que existe um critério independente para decidir qual é o resultado justo e um método que, com certeza, o levará a ele. (RAWLS, 2016)

Isto posto, não é ingênuo o consentimento de que será possível apenas resolver alguns problemas, mas, especialmente, o intuito é perceber que a sabedoria social pode elaborar meios que as dificuldades se tornem controláveis. Como vemos, John Rawls não está forçando uma ideologia de nivelção das pessoas para além de suas vontades; antes, está partindo do interesse racional e individual de todos, na posição original, para estabelecer um ponto de vista comum sobre o justo, que escoe em maior eficiência para o trato de questões sociais.

Por conseguinte, “a posição original é o status quo inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos nele estabelecidos sejam equitativos”.² Além disso, os princípios devem ser definidos de forma racional diante da situação contratual estabelecida, associando de forma direta “a questão da justiça à teoria

² Posição Original: escolha inicial para os propósitos de uma teoria da justiça (Rawls, 1997, p. 19-20).

da escolha racional”. Isso ocorre porque a abordagem contratualista objetiva estabelecer “parâmetros adequados para os princípios da justiça aceitáveis” (p. 19-21).

Deste modo, “parece razoável supor que as partes na posição são originais”, pois todas possuem os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios, podendo inclusive apresentar propostas, razões para sua aceitação e assim por diante. É isto que representa a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, sujeitos que têm uma concepção de seu próprio bem e são perfeitamente capazes de ter um senso de justiça, gerando um equilíbrio reflexivo. Este, a seu tempo, é chamado de equilíbrio porque associa princípios com opiniões, e é reflexivo porque permite saber com quais princípios os julgamentos se conformam e conhecer as premissas das quais derivam (p. 20-23).

Para Gargarella (1999), p. 35, esses princípios mencionados acima, não são orientados para resolver casos particulares, problemas cotidianos da justiça. Os princípios defendidos por Rawls aparecem, antes, como critérios destinados a serem aplicados em relação à estrutura básica da sociedade, de forma que, as instituições sociais mais importantes distribuam os direitos e deveres fundamentais advindas de uma cooperação social.

3 ANÁLISE DA EVOLUÇÃO SOCIAL DOS BRASILEIROS ENQUANTO SUJEITOS CONSTITUCIONAIS

Para entendermos melhor qual é o lugar social dos brasileiros enquanto sujeitos constitucionais, observemos a evolução social no Brasil. Preliminarmente, no que toca a história da República brasileira, qual se comemorou os 30 anos em 2018, é a primeira vez que uma Constituição alcança três décadas de vigência, coincidentemente depois de o País haver alternado um período democrático (1946-64) com outro, de restrições às liberdades (1964-85).

No contexto do processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil, o Constituinte trabalhou por praticamente dois anos (1987-88), debatendo, ouvindo e filtrando os interesses dos mais diversos segmentos da sociedade. Influenciados pelas modernas Constituições de Portugal (1976) e da

Espanha (1978), também países saídos de experiências ditatoriais, os Constituintes Brasileiros produziram um texto reconhecidamente moderno, democrático e pluralista, nada obstante, em muitas partes, prejudicado pelo excesso de detalhes – o que era compreensível numa sociedade que represara por duas décadas sua participação na elaboração das leis.

Fiel à tradição Republicana, foi mantido o sistema Presidencialista de governo, com a separação dos três Poderes, nada obstante exceções expressivas (sistema de freios contrapesos³), tais como as medidas provisórias (o Executivo legisla), o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Legislativo, ou o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

Assistimos então, um sistema político, e não mais um simples regime. Nos deparamos com a soberania atribuída ao povo, qual vem se desdobrando até os dias atuais

Deste panorama, temos que o alicerce da Republica Federativa do Brasil são: a Soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes contribuem hoje para a formação da identidade do sujeito constitucional, uma vez que o homem vive tendo como parâmetro, estas e todas as demais características que compõem esta constituição.

Da Constituição ora mencionada, tantos outros ramos do direito surgiram para contribuir com o ordenamento jurídico brasileiro, e estes, tendo como base a CF/88, também ajudam na identidade do sujeito constitucional. Cita-se por exemplo: Os direitos humanos, o direito civil, o direito previdenciário, dentre outros.

Desta gama de direitos, o sujeito constitucional possui a liberdade de expressar-se, locomover-se, direito de ter propriedade e dispor de seus bens, bem como a presunção de inocência, a legalidade criminal, a legalidade processual,

³ Sistema de Freio e contra pesos: Consiste no controle do poder pelo próprio poder, sendo que cada Poder teria autonomia para exercer sua função, mas seria controlado pelos outros poderes. Isso serviria para evitar que houvesse abusos no exercício do poder por qualquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Desta forma, embora cada poder seja independente e autônomo, deve trabalhar em harmonia com os demais Poderes.

garantias que não possuíam anos atrás.

Tantos outros direitos como: sociais, culturais e econômicos, conseguem demonstrar que o Estado caminha em direção evolutiva fazendo com que com o passar dos anos, surjam novos direitos inerentes ao homem. Tudo isso, demonstra que sem direitos constitucionais, não é possível que o homem se identifique numa sociedade.

Para o ministro Cezar Peluso, a Constituição Federal de 1988 se tornou conhecida como a Constituição cidadã em razão da contribuição à democracia, no sentido de a Assembleia constituinte acrescentar ao seu texto os direitos de participação política e às liberdades individuais, através desses institutos, ter a manutenção de uma democracia sustentável. (NETO, 2006. p. 10). (PELUSO, Acesso em 26. Out. 2018).

Desta realidade auferida, esbarra-se ainda num contexto de alienação do sujeito constitucional, pois o voto não deve ser o único instrumento de democracia do sujeito, visto que a Constituição traz outras formas de participação como a ação popular, a iniciativa de projetos de lei, o referendo e mesmo o plebiscito.

a. DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS (ART. 5º CF/88)

Ao refletirmos acerca da identidade do sujeito constitucional, tema ruminado neste artigo, não se pode deixar de fora o pensado pelo constituinte no art. 5º, supedâneo legal mais importante desta carta magna que garante aos Brasileiros direitos e garantias fundamentais que impactam diretamente no contexto social destes que a ela se sujeitam, ou ainda, destes que conforme veremos mais abaixo, sobre a leitura de Rosenfeld (2003), têm o poder de elaborar normas.

Traz-se à colação, a doutrina de PÉREZ LUNO⁴ que ensina que, *“Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível*

⁴ apud, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 182.

do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

Estes direitos fundamentais de que trata o art. 5º, foram inicialmente, pensados como direitos de liberdade, uma vez que diziam respeito aos direitos civis e políticos do indivíduo, oponíveis ao Estado. A preocupação era resguardar a liberdade do cidadão perante o poder estatal absoluto, ao mesmo tempo em que o fazia partícipe do poder político.

Neste diapasão Uadi Lâmega Bulos leciona⁵: *“Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.*

Ato contínuo, com a Revolução Industrial, o homem, sujeito constitucional, passa a se desenraizar de sua terra e enfrentar a agitação das cidades afetadas pelo progresso tecnológico, onde lhe é assegurada participação em outros espaços do espectro social, que vão desde as fábricas aos partidos políticos. Neste novo ritmo de vida, o homem começa vislumbrar o início de uma sociedade moderna. É nesse panorama histórico que nascem os denominados direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos. Vejamos um dos principais artigos da CF/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V - é livre a manifestação do pensamento, **sendo vedado o anonimato** (grifo nosso).

⁵ Constituição Federal Anotada, p. 69.

Com este inciso, é percebido a importância que a constituição dá ao homem de poder expressar-se como um sujeito constitucional, livre de julgamentos que possa diminuir sua dignidade, pois como assegura o caput do mesmo artigo, todos são iguais, garantidos de proteções que o tornam sujeitos ativos no país em que residem, sejam brasileiros natos ou naturalizados. É um resumo de como devem ser garantidos os direitos fundamentais dos indivíduos no Brasil.

Salienta-se que os incisos do artigo 5º guardam relação com eles. O princípio da igualdade, por exemplo, é um dos direitos fundamentais que visa assegurar o inciso IV do artigo 3º, que busca “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Quanto às liberdades, elas permeiam a maioria dos incisos do artigo 5º, sendo protegidas, mais notoriamente, nos incisos IV (Livre Manifestação do Pensamento), VI (Liberdade Religiosa), XV (Liberdade de Locomoção) e XVII (Liberdade de Associação).

Este artigo constitucional em comento, pela sua alta responsabilidade e relevância, é considerado cláusula pétrea⁶ (Artigo 60, § 4º, inciso IV, CF), não podendo ser mudado de nenhuma forma dentro da Constituição Federal. Essa manobra jurídica assegura a proteção dos direitos fundamentais e dos princípios da Constituição do sujeito constitucional estudado, oferecendo maneiras de defesa no âmbito legal.

b. DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS (ARTS. 6º AO 11 CF/88)

Preliminarmente, cabe salientar que a revolução industrial foi palco para consagração desses direitos, pois apesar do desenvolvimento econômico, haviam varias pessoas à margem da sociedade, em especial a classe trabalhadora. Tendo dito isto e percebido o disposto no item anterior acerca do art. 5º, poderemos

⁶ Cláusula pétrea: Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Fonte: Agência Senado.

compreender a proposta do que trata os artigos 6º ao 11 da CF/88, visto que é um desdobramento dos direitos daqueles que anteriormente se discutia sobre sua identidade.

No entendimento de Noberto Bobbio⁷ *“O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”*.

Tais direitos estão ligados a identidade do sujeito constitucional, assunto trabalhado neste artigo, visto que possuem um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, valor moral e espiritual inerente a uma pessoa.

Essas normas jurídicas estabelecem pressupostos necessários para a integralidade do exercício de outros direitos, mostrando-se como normas basilares ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que protege outros bens jurídicos relativos aos direitos fundamentais. Vejamos o que preceitua o caput do art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Tais direitos podem ser considerados em sua plenitude algo ideal, visto que atualmente se vive uma crise. Entretanto, pode-se concluir que com a atual constituição de 1988, houveram avanços constitucionais possibilitando ao sujeito constitucional tentar diminuir as graves desigualdades sociais, bem como a construção da cidadania.

⁷ apud, Fernando Luiz Ximenes Rocha, op. Citada.

Cabe assim ao Estado, o papel de dar execução a estes direitos, dando aos seres humanos, sujeitos constitucionais, uma melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Estes podem ser ainda considerados como direitos fundamentais, pois se não o fossem, poderíamos eximir do Estado o dever de prestar esta assistência.

Há autores que afirmam que os direitos sociais não são direitos fundamentais e que, portanto, não são “judicializáveis”⁸. Contrariando esta linha de raciocínio, há quem afirme que os direitos sociais, por serem direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ou seja, positivados, que impõem deveres correlatos para sua implementação e que vêm acompanhados de remédios jurídicos constitucionais aptos à exigência de sua concretização, se encaixam na categoria de direitos subjetivos, podendo ser exigidos do Poder Público a qualquer tempo.

Conforme as pesquisas realizadas acerca do assunto, há duas correntes sobre o tema: para alguns, os destinatários primários das normas seriam aqueles sujeitos constitucionais cuja conduta está nelas descrita, enquanto que os secundários seriam os agentes públicos constitucionais encarregados de atuar na efetividade da norma. A teoria mais moderna, no entanto, entende que primariamente os destinatários da norma são os agentes públicos; e secundariamente os cidadãos cujas condutas estão sendo normatizadas.

A importância da distinção ocorre quanto ao papel do Estado: se, conforme sustenta a segunda corrente, os agentes públicos são considerados destinatários primários, eles têm a responsabilidade de utilizar todos os meios de construção e fiscalização para tornar a norma o mais efetiva possível. Logo, quanto mais eficiente o aparelho de construção e fiscalização do Estado, mais efetiva a norma.

Quando os agentes públicos são os destinatários secundários, no entanto, a adesão à norma fica submetida à vontade dos cidadãos, que é guiada pelo “custo

⁸ Judicialização: Trata-se de um fenômeno mundial por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo. Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

de cumpri-la ou não”: quanto maior a fiscalização e a constrição, maior o custo de “não cumprir”. Quando o custo de cumprir é alto e não há fiscalização, a norma perde, basicamente, sua efetividade. Levando em consideração que os agentes são racionais, a possibilidade de fiscalização da norma deve ser alta e o seu custo de cumprir baixo.

Como visto acima, a titularidade destes direitos é do Estado, assim sendo, embora seja indivisível o Estado Brasileiro, houve por bem reparti-lo em várias pessoas jurídicas de direito público interno com o fito de distribuir as diversas atividades estatais. Constituíram-se, assim, as pessoas políticas: União, Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios que, dentro de seus limites territoriais, detém uma parcela de competência.

4 PÓS POSITIVISMO JURÍDICO DE MICHAEL ROSENFELD SEGUNDO SUA TEORIA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

O sujeito constitucional, objeto de pesquisa neste artigo, deriva do encontro do “eu” com o “outro”, realizado sempre na ausência, no vazio, como veremos abaixo, nesta linha, nos ajuda Michael Rosenfeld (2003), vejamos:

O sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais. A expressão plena da auto-identidade constitucional (constitutional self-identity) só é concebível mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compressão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável. (ROSENFELD, 2003, p. 40-41).

Ainda compreendendo o papel social dos brasileiros enquanto sujeitos constitucionais, que considera que a identidade do sujeito constitucional surge e gera complexidade já na ideia, uma vez que o termo em inglês *constitucional subject* – pode denotar três significados distintos: a) subject pode denotar o mesmo que súdito, como seja, aquele que se sujeita à Constituição; b) subject

também pode denotar aquele que tem o poder de elaborar a Constituição, como seja, sujeito constituinte; c) subject, por fim, pode denotar o conteúdo, o material das normas constitucionais (subject matter).

Verifica-se assim que está obscuridade em defini-lo com precisão permanece ao ligá-lo a outras relações, como por exemplo, quando pensamos em identidades nacionais, culturais, étnicas e religiosas.

Em resumo, a auto identidade constitucional, no entanto, só pode ser articulada pouco a pouco por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos. E, ainda, para que essa construção não seja vista como meramente arbitrária, ela deve ser suplementada por uma reconstrução. Como veremos, a construção não nos possibilita mais do que um vislumbre da identidade constitucional, e, assim, a função da reconstrução é transformar esse vislumbre em uma imagem definida. (ROSENFELD, 2003, p. 40-41).

Estas definições estudadas são propensas de alteração com o tempo, enquadrando ora um significado ora outro, conforme a leitura e compreensão que se faça da expressão, tendo como fonte e base o passado, o presente e o futuro das gerações que se sujeitam a uma determinada constituição.

Tendo observado está introdução, é possível verificar que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto, do mesmo modo, pode-se concluir de uma matéria constitucional, qual vezes está sujeita a interpretações, emendas etc.

Dito isto, observa-se o exemplo dado por Rosenfeld, pois a expressão “Nós, o povo”, pode significar ora o constituinte, ora os que se encontram sujeitos a constituição, assim como governantes e governados, desta feita, constata-se que há variações possíveis e plausíveis. Está reflexão revela que é bem mais fácil determinar o que eles não são do que propriamente o que eles são, observando é claro os limites de uma probabilidade.

Está observação conclui que a identidade constitucional deve ser construída de modo que outras não venham sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas já existentes. Nesta linha de raciocínio, o autor sugere que

está reconstrução de definições surge de uma elaboração de: a) negação; b) metáfora e, c) metonímia. Vejamos o que cada uma delas explicam e ajudam no conhecimento humano acerca do assunto:

A negação possibilita que o sujeito constitucional se eleva por meio da exclusão e da renúncia, isso quer dizer que este sujeito experiência a si próprio como ausência, carência, hiato e, aspira preencher esse vazio interno por meio de um desenvolvimento de identidade positiva. Neste contexto reconstrutivo, entra em cena uma das principais características do constitucionalismo, o pluralismo. Este é uma das principais tendências contemporâneas com intuito de repensar a forma pensada dos Estados modernos, quais eram ideais homogêneos e uniformes.

Sobre está característica pontual, o pluralismo, enumerado na CF/88 como um dos fundamentos da República, temos que este é visto como um direito à diferença e este se trata de um direito fundamental intrínseco ao conceito de dignidade humana, ou seja, um direito ao respeito e à tolerância de, em hipótese alguma, ser discriminado pelo fato de ser diferente.

Assim a CF/88 faz a primeira menção sobre o pluralismo no seu preâmbulo, definindo as raízes do pluralismo no Estado Democrático de Direito e Democracia, assegurando os direitos sociais e individuais, primando pela liberdade, segurança, bem-estar social, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, expurgando, pois, qualquer discriminação da natureza seja, étnica, sexual, econômica, filosófica, política ou religiosa.

Dando seguimento a reconstrução do sujeito constitucional, temos a metáfora, 2ª possibilidade que sugere que seja observado as semelhanças e dessemelhanças, está é no discurso jurídico constitucional, forma de contribuição, como ocorre no sistema *common law*⁹, fundado no precedente, e no uso da analogia, nos casos de lacuna da lei, utilizado pelo sistema de direito romano-germânico. Isto se confirma quando pensamos no postulado de que “todos os

⁹ Common Law: é uma estrutura jurídica onde a aplicação do direito se dá precipuamente através da adoção de costumes e precedentes. Caso em que os costumes sociais ou jurisprudências serão usados como referência para justificar a decisão judicial do caso concreto.

homens nascem iguais”, está afirmação não quer dizer que todos os seres humanos compartilhem certas características como por exemplo, alto e baixo, mas sim que desta proposição, todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.

Por fim, Rosenfeld (2003) aponta um papel importante para a metonímia, qual seja na retórica jurídica e constitucional, visto que está tem a incumbência de dar maior contextualização e, portanto, uma maior especificação na mesma medida que a metáfora irá apontar as similaridades.

Dito isto, a alerta que deve ser acesa é a de que a identidade constitucional não pode ser reduzida a mera relação de semelhança, precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato ente o eu e o outro, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional. A organização da Constituição pode ser considerada como está tentativa de preencher este vazio.

Ainda neste diapasão, lidando com o real e o ideal, Rosenfeld (2003) identifica que estas disparidades resultam na determinação da auto identidade do sujeito constitucional sendo que, a realidade do sujeito constitucional, enquanto perpassada pela carência e incompletude, é sempre enfraquecida para gerar uma auto identidade viável capaz de fornecer um fundamento consistente, coerente, para a ordem constitucional.

Em função dessa pobreza inerente do real, é necessário recorrer ao ideal para formular uma concepção mais adequada da auto identidade constitucional, isso porque nosso próprio ponto de vista historicamente limitado não permite ver o “eu” constitucional de que somos parte, buscamos imaginá-lo.

É possível concluir lendo está observação do autor que, para estabelecer uma auto identidade viável, o real deve ser suplementado pelo ideal, ou em outras palavras, os fatos devem ser enriquecidos pela imaginação contra factual, desta forma, a construção e reconstrução foram pensadas para erguerem pontes entre o real e o ideal, entre os fatos e os contra fatos. No entanto, como o ideal não apenas

suplementa o real, mas também o contradiz, construção e reconstrução, embora necessárias, são ferramentas delicadas que devem ser adequadamente e legitimamente utilizadas.

5 ANÁLISE DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA E DE ÉTICA UNIVERSAL DOS BRASILEIROS ENQUANTO SUJEITOS CONSTITUCIONAIS

Para respondermos qual o papel social dos brasileiros enquanto sujeitos constitucionais, importante verificar a análise da concepção de justiça e de ética universal dos brasileiros, sujeitos constitucionais, veja.

Temos que o desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, com visões plurais de mundo, bem como a revolução linguístico pragmática surgida na filosofia, influenciaram diretamente a concepção e formação do paradigma do Estado Democrático de Direito, de caráter pluralista e aberto. No Brasil não foi diferente, esta construção gerou benefícios e malefícios, propondo ao país um momento delicado em relação aos padrões éticos, aos valores morais e fundamentais do homem. Tal afirmação se desdobra de vários fatores, dentre os quais o mais visível pode ser considerado na área política.

Nesse diapasão, urge demonstrar a importância dos Direitos fundamentais de 4ª geração, visto que estes dizem respeito aos direitos ligados ao pluralismo e democracia, ou seja, direito de ser diferente, à informação, à pluralidade em seus diversos aspectos, ao respeito das minorias, dentre outros que serão mencionados neste trabalho.

Diante desse cenário, pluralismo e mutabilidade social, surge uma importante questão trabalhada nesta pesquisa de conclusão de curso: Como é possível estabelecer quem é o sujeito constitucional? De fato, pode-se concluir que o desenvolvimento da linguagem aponta que haverá sempre possibilidades de reinterpretações, tendo como marco, a ideia de governo limitado, à aceitação do Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais, este último, dando maior seguridade as minorias.

O Pluralismo, seja do ponto de vista teórico ou prático, mostra-se, indubitavelmente, como realidade social, não podendo, nem devendo, o Direito

esquivar-se dessa problemática. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, Coimbra Almedina, op. cit, p 403, 1993)

Cabe consignar que, historicamente, no Brasil, o direito oficial vem do Estado. Mas não só dele: esse direito estatal é sujeito a pressões, a influências, a questionamentos constantes. Entretanto, usualmente, alguns dos sujeitos constitucionais foram excluídos da participação oficial do Estado, exclusão essa que sempre ocorreu de diversas formas na história brasileira: com o voto censitário no Império, com o requisito de alfabetização para votar em 1881, com as violências e a força dos coronéis, com o complexo sindicalista estatal organizado por Getúlio Vargas, seguido das ditaduras militares e da força do dinheiro no Brasil democrático. Ou seja, poucas vezes o povo brasileiro pôde votar livremente e, assim, o acesso aos cargos eletivos não eram dados ao povo.

Os eleitos pertenceram a uma elite, que não necessariamente correspondiam a população que o mesmo representava. Resumindo: o representante do povo não se parecia com o povo. Logo, o direito positivo, sempre foi feito por uma elite (inicialmente agrária e depois urbana) que não fazia parte da maior parte da população brasileira: pobre, analfabeta e carente de direitos sociais: daí a dificuldade de se discutir cidadania em um país de escravidão e latifúndios, onde alguns homens valem mais e outros menos, onde alguns tem tudo e outros não tem nada.

Particularmente, quanto a concepção de justiça e ética universal dos brasileiros, sujeitos constitucionais, temos um contexto histórico nebuloso como mencionado acima, onde em determinada época, por exemplo, sujeitos constitucionais considerados às margens da sociedade, foram mortos, outros torturados e outros ainda para não serem mortos ou presos passaram a viver no exílio, e ainda assim não escapavam das perseguições.

Hoje, após início do século XXI, pode-se sentir melhorias, principalmente no que tange a conscientização de uns poucos para as questões morais que norteiam a sensibilidade do homem às situações críticas e polêmicas da sociedade. Projetos como a Ação da cidadania contra a miséria e pela vida, e a própria tentativa de dar um basta na corrupção política do país, resgatou a

confiança do brasileiro para o dever do valor moral e de uma postura socialmente ética esperada.

Assim pode-se aproximar um pouco mais do que dispõe a CF/88, dando aos homens direitos e deveres iguais, visto que ambos, ricos e pobres, são sujeitos constitucionais abaixo da mesma regra. Aproximamo-nos também um pouco mais do pensamento de Rawls que vê o sujeito constitucional com equidade.

Nessa linha, verifica-se a importância do valor que deve ser dado a Constituição enquanto fenômeno pertencente ao mundo da cultura e que, segundo Harberle (2003), surge daí a necessidade dos cidadãos se envolverem de forma mais ativa na hermenêutica constitucional, na qual a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais se realiza/afirma de maneira mais intensa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso constitucional de 1988 representou um compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais e repúdio aos anseios ditatoriais. Deixou-se de lado, portanto, a idéia de que o texto representava exclusivamente a organização estatal, para reforçar que o direito constitucional está atrelado aos direitos fundamentais

Conforme observado na análise elaborada acima, verifica-se que a identidade do sujeito constitucional é construída de forma complexa, fragmentada, parcial e incompleta, uma vez que, não se discute sobre um plano cartesiano, onde se pode calcular e ter resultados precisos, estuda-se porem, sobre o sujeito, sob uma ótica constitucional, qual passou e passa por uma evolução histórica que se distingue de outras comunidades, ou parâmetros.

Percebe-se por exemplo que, em alguns locais, não se deduzia o mesmo, como por exemplo na Grécia, onde homens livres se diferenciavam dos escravos; nos Estados Unidos, no ano de 1950, mulheres, gays, negros, dentre outros, que lutavam pelos seus direitos civis e políticos, ou seja, percebemos que em alguns locais do mundo tínhamos resistência quanto a democracia para todos. Este fato não foi muito diferente no Brasil, pois ainda existem violações no tocante ao que

conhecemos hoje como princípio da dignidade da pessoa humana, ápice dentro do ordenamento jurídico.

Rawls apresenta uma teoria cuja fonte para construção desse sujeito passa pela equidade, caracterizando uma sociedade bem ordenada como aquela na qual todos aceitem e saibam que os outros aceitem os mesmos princípios de justiça.

Dando continuidade a reflexão, Rawls visa estabelecer uma aproximação de uma maior igualdade na medida em que tal igualdade seja positiva, em termos gerais, sendo permitidas, então, aquelas desigualdades cuja justificação se dá em termos de benefício para os menos afortunados.

Nesta percepção o que se pode concluir é que a única forma das pessoas escolherem os princípios justos seriam aqueles os quais se dariam através da razão de cada um, qual seria, por exemplo, imputar sobre um legislador, um véu de ignorância, segundo o qual cada pessoa ignoraria todas as suas circunstâncias pessoais anteriores a essa situação hipotética. Essas pessoas desconheceriam suas condições financeiras como também seus próprios dotes naturais. Assim, por exemplo, se um legislador fosse um grande proprietário de terras e soubesse disso, seria difícil que ele concordasse que a distribuição equânime de terras fosse algo justo.

Por outro lado, segundo Rawls, se fosse impossível para esses legisladores iniciais saberem se possuem terras ou não, seria mais fácil de ser concluído que a distribuição equitativa de terras é algo justo, haja vista que os legisladores teriam receio de, após ser levantado o véu de ignorância, descobrirem que não possuíam quaisquer bens materiais. Desse modo, o egoísmo é o ponto que motiva a necessidade do véu de ignorância para a obtenção dos princípios da justiça.

Na ótica de Rawls é possível concluir que o melhor papel do brasileiro enquanto sujeito constitucional, seria o de sujeito com acesso as liberdades de uma cidadania, uma vez que a dignidade da pessoa humana como preceito ético e fundamento constitucional, exige do Estado não só respeito e proteção, mas garantia de efetivação dos direitos dela decorrentes. Toda a pessoa é sujeito de direitos e deveres e como tal deve ser tratada.

Enquanto sujeito constitucional, significa estabelecer a inviolabilidade do

ser humano como pressuposto de toda a estrutura jurídica e social, reconhecendo-o como sujeito de direito, isto é, como portador de direitos e deveres. Estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento de uma Constituição, tal como o faz a brasileira, significa dizer que ela se constitui no referencial teórico e base de sustentação de toda a estrutura jurídica e social. Ela é um princípio sobre o qual se ergue a ordem constitucional. Significa, portanto, que não pode ser violada e que, ao mesmo tempo, deve ser protegida e promovida⁴. Os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são, nesse caso, a expressão do conteúdo da dignidade humana e a sua realização efetiva nas instituições sociais.

Para Rosenfeld, se deduz que o papel social dos brasileiros perpassa os meios de ligação, interação e pacífica convivência, ou ao menos de tolerância recíproca entre o *eu* e o *outro*, visto que para o autor a questão do sujeito emerge da necessidade do confronto com o outro. Assim, precisamente porque é na arena intersubjetiva, mediada pelo discurso constitucional, em que despontam fragmentos da identidade do sujeito constitucional, não é o caso de personificá-lo, privatizá-lo ou esgotá-lo, adverte Rosenfeld (2010, p. 40-41): “o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estiveram, estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas”

Da perspectiva dos constituintes, a identidade constitucional surge como um vazio entre sua subjetividade e a comunidade política constitucional pluralista. Aliás, a elaboração da Constituição pode ser considerada, escreve Rosenfeld (2010, p. 36, tradução nossa), “uma tentativa de preencher esse vazio, esse hiato, mediante o alcance do outro para forjar uma identidade comum enraizada em um texto constitucional compartilhado”. Tentativa que se arrasta ao longo da vigência da Constituição.

Dessa forma, com base nas lições refletidas neste trabalho de conclusão de curso, possível reconhecer que, em completa rejeição ao período ditatorial, o qual estava atrelado ao desrespeito aos direitos fundamentais, principalmente, aqueles relacionados à liberdade, a identidade constitucional pátria apontava para a

construção de um Estado Democrático de Direito, em que se privilegia a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Finalmente, podemos concluir que a identidade constitucional brasileira aponta para a construção efetiva de um Estado Democrático de Direito, baseado na justiça, liberdade e solidariedade (art. 1º, caput c/c art. 3º, I, ambos da CF).

REFERÊNCIAS

ABBÀ, Giuseppe. **História Crítica da filosofia moral**. São Paulo, Instituto Brasileiro de filosofia e ciência “Raimundo Lúlio”, 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Edição revista e atualizada. Edições 70, LDA, Lisboa/Portugal, Tradução de Luís Antero e Augusto Pinheiro, Setembro 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo do Direito Constitucional no Brasil)**, Revista eletrônica sobre a reforma do Estado, nº 9, março/maio 2007, Salvador – BA.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Roberto. **John Rawls e a teoria da Justiça Revisitada**. Chile. 1º Semestre de 2010. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COLIN, Armand. **Dictionnaire des méthodes qualitatives en sciences humaines et sociales**, France, 1996, p. 275.

FONTES, Martins. **Justiça como equidade**. São Paulo, 2003 FONTES, Martins. **Justiça e Democracia**. São Paulo, 2000.

GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de la justicia después de Rawls, um breve manual de filosofia política**. Barcelona – Buenos Aires – México: Ed. Paidós, 1999

HARBERLE, Peter. **El estado constitucional. Cidade do México**. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>. Acesso em: 22 de março. 2020

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social – teoria, método e criatividade.**

Petrópolis, Editora Vozes, Coleção temas sociais, 1994

PINHEIRO, Regis Gonçalves. **A teoria da justiça de John Rawls e a Constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil.** Brasília, Revista CEJ, ano XVII, nº 59, p. 100-108, jan/abr.2013

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**, 2 ed., Trd. Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça John Rawls.** 4ª ed., São Paulo. Livraria Martins Fontes Editora LTDA,(coleção justiça e direito), 2016

RIZZATTO, Nunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 130-131.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. (14.04.1998) **Direitos fundamentais na constituição de 1988.**

http://apamagis.com/publicações/cad_dout/caderno_dout1fase/dir_fundamen.htm

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**, Trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

**Clique para voltar
ao Sumário**

