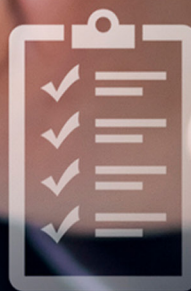


Renata Luciane Polsaque Young Blood
(Organizadora)

Ciências Sociais e Direito



 **Atena**
Editora

Ano 2019

Renata Luciane Polsaque Young Blood
(Organizadora)

Ciências Sociais e Direito

Atena Editora
2019

2019 by Atena Editora
Copyright © da Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Diagramação e Edição de Arte: Lorena Prestes
Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Profª Drª Juliane Sant’Ana Bento – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

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

C569	Ciências sociais e direito [recurso eletrônico] / Organizadora Renata Luciane Polsaque Young Blood. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (Ciências Sociais e Direito; v. 1)
------	--

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-85-7247-262-3
DOI 10.22533/at.ed.623191604

1. Ciência sociais. 2. Direito. 3. Sociologia. I. Blood, Renata
Luciane Polsaque Young.

CDD 307

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2019

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

As Ciências Sociais reúnem campos de conhecimento com foco nos aspectos sociais das diversas realidades humanas. Entre eles pode-se citar o Direito, a Economia, a Administração e o Serviço Social. A partir da abordagem transdisciplinar destes conhecimentos, é possível estimular uma nova compreensão da realidade por meio da articulação de elementos que perpassam entre, além e através de temas comuns, numa busca de compreensão de fenômenos complexos, como as necessidades da sociedade e o viver em sociedade.

A Coletânea Nacional “Ciências Sociais e Direito” é um *e-book* composto por 21 artigos científicos que abordam assuntos atuais com a perspectiva transdisciplinar, como: as relações de trabalho sob a perspectiva constitucional de igualdade e proteção contra o assédio moral, os novos caminhos do direito processual penal para a execução da pena e o impacto dos precedentes judiciais e a sua evolução histórica no Brasil, entre outros.

Mediante a importância, necessidade de atualização e de acesso a informações de qualidade, os artigos elencados neste *e-book* contribuirão efetivamente para disseminação do conhecimento a respeito das diversas áreas das Ciências Sociais e do Direito, proporcionando uma visão ampla sobre estas áreas de conhecimento.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Prof. Ms. Renata Luciane Polsaque Young Blood

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A LEGISLAÇÃO NA SEGURANÇA DO TRABALHO: ANÁLISE DE RISCOS ERGONÔMICOS E FÍSICO-QUÍMICOS DE COLETORES DE LIXO URBANO NA CIDADE DE ILHÉUS-BA	
Fábio S. Santos Daniel Pedro Silva Cardoso Rodrigo Bomfim Daeps de Souza	
DOI 10.22533/at.ed.6231916041	
CAPÍTULO 2	14
O EMPREGADO DOMÉSTICO E A NOVA LEGISLAÇÃO REGENTE DO TRABALHO DOMÉSTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAL E SOCIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS AOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS	
Flavia Nogueira Rodrigues	
DOI 10.22533/at.ed.6231916042	
CAPÍTULO 3	26
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITOS SOCIAIS DA MULHER: ACESSO E MANUTENÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO	
Maurinice Evaristo Wenceslau Ailene de Oliveira Figueiredo	
DOI 10.22533/at.ed.6231916043	
CAPÍTULO 4	38
O CONTROLE DO USO DE REDES SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE TRABALHO	
Vitor Casarini Ito Walkiria Martinez Heinrich Ferrer	
DOI 10.22533/at.ed.6231916044	
CAPÍTULO 5	43
A CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL	
Natalia Siqueira da Silva Fernando Batstuzo Gurgel Martins	
DOI 10.22533/at.ed.6231916045	
CAPÍTULO 6	55
O TRABALHO ESCRAVO NA ATIVIDADE AGRÁRIA DO ESTADO DO PARÁ: QUAIS OS MEIOS QUE O ESTADO UTILIZA NO COMBATE A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO	
Fernando Henrique Silva de Assis Fernando de Jesus de Castro Lobato Júnior	
DOI 10.22533/at.ed.6231916046	
CAPÍTULO 7	71
A FALSA INCORPORAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAISPELO CRIME ORGANIZADO	
Caio Viana Andrade Andryne Liberato Aragão Icar Nogueira Gondim	
DOI 10.22533/at.ed.6231916047	
CAPÍTULO 8	76
A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE PROVA ADMITIDO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE	

DROGAS

Graziela de Siqueira Ximenes
Anarda Pinheiro Araujo

DOI 10.22533/at.ed.6231916048

CAPÍTULO 9 89

A JURISDIONALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO E EXECUÇÃO PENAL

Gabriela Alonge Almeida Leite
Mariana Gabriela Donha Gimén

DOI 10.22533/at.ed.6231916049

CAPÍTULO 10 102

A UTILIZAÇÃO DO CRIMINAL COMPLIANCE COMO PARÂMETRO PARA CULPABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Karine Silva Carchedi
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

DOI 10.22533/at.ed.62319160410

CAPÍTULO 11 107

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO VITMODOGMATICO NOS CRIMES DE ESTUPRO

Pedro Lima Marcheri,
Maria Carolina Cavalcante de Oliveira

DOI 10.22533/at.ed.62319160411

CAPÍTULO 12 121

O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA E DE TERCEIROS NO CURSO DO PROCESSO PENAL

Bruno Morel de Abreu
Pedro Paulo Sperb Wanderley

DOI 10.22533/at.ed.62319160412

CAPÍTULO 13 130

OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STF SOBRE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Ana Letícia Mendes Costa
Lohana Giafony Freitas de Luna
Marina Monteiro Silva
Anarda Pinheiro Araújo

DOI 10.22533/at.ed.62319160413

CAPÍTULO 14 138

MOTIVAÇÃO DOS ALICIADOS A PARTICIPAR DO TRÁFICO DE PESSOAS NA FRONTEIRA DO MS: INCIDÊNCIA E VULNERABILIDADE

José Manfroi
Maucir Pauletti
Edenilson Rodrigues de Jesus

DOI 10.22533/at.ed.62319160414

CAPÍTULO 15 153

ANÁLISE DE ANJO NEGRO DE NELSON RODRIGUES COMO CONTRIBUIÇÕES NO DIREITO PENAL E FAMILIA

Ione Saiuri Sato

Mozart Gomes Morais

DOI 10.22533/at.ed.62319160415

CAPÍTULO 16 156

A IMPORTÂNCIA DA CONDUTA ÉTICA NOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Leticia Nascimento dos Santos

Ana Paula Lima Leal

DOI 10.22533/at.ed.62319160416

CAPÍTULO 17 168

PRECEDENTES DOS DIREITOS E GARANTIAS RELATIVOS À MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

Pedro Fernandes Negré

Sérgio Tibiriçá Amaral

DOI 10.22533/at.ed.62319160417

CAPÍTULO 18 183

PRECEDENTES JUDICIAIS E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Suian Lacerda dos Santos

Ana Paula de Almeida Lima Leal

DOI 10.22533/at.ed.62319160418

CAPÍTULO 19 197

A TEORIA DOS PRECEDENTES E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE COM COMMON LAW E O CIVIL LAW

Martha Barreto da Silva

Ana Paula Lima Leal

DOI 10.22533/at.ed.62319160419

CAPÍTULO 20 210

UMA ANÁLISE DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICAS

Beatriz Guimarães Menezes

Edilson dos Santos Oliveira Neto

Lara Gomes Pontes Pessoa

Pedro Vieira Maciel

Milke Cabral Alho

DOI 10.22533/at.ed.62319160420

CAPÍTULO 21 220

SENADO FEDERAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DO FEDERALISMO NORTEAMERICANO

Antônia Jéssica Santiago Mesquita

DOI 10.22533/at.ed.62319160421

SOBRE A ORGANIZADORA 227

A LEGISLAÇÃO NA SEGURANÇA DO TRABALHO: ANÁLISE DE RISCOS ERGONÔMICOS E FÍSICO-QUÍMICOS DE COLETORES DE LIXO URBANO NA CIDADE DE ILHÉUS-BA

Fábio S. Santos

Mestre e Doutorando pela Universidade Salvador (UNIFACS) e Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Especialista em Direito Público e em Docência do Ensino Superior. Membro do Grupo de Pesquisa em Análise Econômica do Direito (UFBA), Educação e Desenvolvimento e em Cidades, Urbanismo e Urbanidades. Pesquisador do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia
Professor de Direito
Metodologia Científica e Pesquisa Jurídica
E-mail: fabiosantosdireito@gmail.com

Daniel Pedro Silva Cardoso

Engenheiro Ambiental pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho E-mail: daniel-psc@hotmail.com

Rodrigo Bomfim Daeps de Souza

Bacharelado em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa / DeVry, Salvador – BA
E-mail: rodrigodaeps@hotmail.com

RESUMO: O trabalho de coleta de lixo, feito por garis, é algo altamente perigoso e exaustivo, pois este se depara a todo o momento com ruídos, poeiras, odores e objetos perigosos, além de ficar exposto ao clima, percorrer grandes distâncias e fazer repetitivos movimentos de agachamento e carregamento de peso, para transportar

o lixo da casa da pessoa até o caminhão. Entretanto, muitas vezes esta atividade não recebe a atenção merecida, acarretando em acidentes ou problemas ocupacionais, motivo pelo qual se justifica a importância do estudo nessa área. Este artigo tem como objetivo analisar as atividades realizadas e as normas e leis referentes à segurança do trabalho no âmbito da coleta de lixo na cidade de Ilhéus-BA, verificando quais os principais riscos para o gari e o que a legislação tem a apresentar para atenuar os acidentes e enfermidades que o ofício pode trazer. Essa análise foi realizada através de comparações entre os riscos existentes e a legislação existente nas Normas Regulamentadoras (NR), além de averiguar a literatura que aborda este tema. Pode-se concluir neste artigo que a utilização correta de EPI's e o treinamento adequado são imprescindíveis para a segurança do trabalhador, porém isso pouco adianta se ele não for consciente e cauteloso, pois a coleta feita sem correção postural, alongamentos, preparo físico e precaução na pegada do lixo acarretará, de qualquer forma, acidentes físicos, químicos e/ou ergonômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação e Segurança do Trabalho. Coleta de lixo em Ilhéus/BA. Riscos ergonômicos e físico-químicos.

INTRODUÇÃO

O cuidado com a saúde do trabalhador teve início na Inglaterra, em 1802, quando foi aprovada a “Lei da Saúde e Moral dos Aprendizes”, criada por Robert Peel. Essa lei protegia o trabalhador impondo limite na carga horária de trabalho de doze horas por dia, não permitindo o trabalho noturno e exigindo da empresa melhorias no ambiente de trabalho. (LORO, 2005). Contudo, a falta de conscientização por parte da gestão pública a respeito da necessidade de se realizar um treinamento adequado e proporcionar condições salubres para o trabalho de coleta, mesmo depois de tanto tempo, ainda assombram o mercado de trabalho.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT - (2013), todo ano, 317 milhões de trabalhadores são atingidos por acidentes não mortais no mundo, indicando que a cada 15 segundos, 115 trabalhadores se acidentam no ambiente de trabalho. Países em desenvolvimento, como o Brasil, tem um custo elevado com mortes e lesões, pois a maioria dos trabalhadores se encontra em áreas perigosas como a construção civil, mineração e indústrias de produção.

O descuido com a segurança do trabalhador tem como consequência os acidentes de trabalho. Estes não provocam somente danos aos indivíduos, mas também às empresas, pois causam prejuízos materiais, perda de tempo e mancham a sua imagem perante a sociedade. A segurança do trabalhador deve ser considerada como parte integrante do sistema produtivo.

A produção e consumo são a base do desenvolvimento de toda sociedade, servindo de precursora para o gerenciamento e coleta do lixo gerado. Uma alta oferta aliada a uma alta demanda irá produzir conseqüentemente uma exorbitante quantidade de resíduos, que, uma vez não gerenciados de forma correta, poderá acarretar em disseminação de doenças, entupimento de canais de esgoto e, por conseguinte inundações. Com o crescimento das cidades, fica cada vez mais difícil a realização de coletas, pois, por ser um trabalho essencialmente mecânico, é imprescindível um bom condicionamento físico dos coletores, além de treinamento e utilização correta de EPI's. A elaboração de um plano de gerenciamento de resíduos que possa realizar a coleta de forma eficaz também deve levar em conta a saúde do coletor, principalmente em cidades relativamente grandes e com climas tropicais, como a cidade objeto deste estudo, Ilhéus.

A coleta adequada de resíduos sólidos é um dos grandes problemas enfrentados hoje na sociedade, devido à complexidade da atividade e a desvalorização do funcionário coletor, que muitas vezes se expõe a perigos de natureza grave e até fatal.

O elemento complexidade é normalmente associado a exercícios com grande utilização cognitiva, relacionados a sistemas de tecnologia avançados (projetos envolvendo transporte, comunicação, medicina, energia) (BAINBRIDGE et al., 1993), ou a atividades que exigem do profissional um poder de decisão e criatividade determinantes (executivos, professores, Artistas, etc) (VASCONCELOS et al., 2008).

Fatores como energia mecânica ocupacional raramente são estudados como sinais de complexidade, salvo em casos de atletas de alto rendimento.

Visto isso, faz-se necessário o estudo de riscos na atividade de coleta manual de resíduos, uma vez que esta exige uma grande quantidade de esforço físico e psicológico, devido aos problemas enfrentados pela ausência de tecnologia investida pelas empresas, que leva o funcionário a esforçar-se ao máximo para conseguir realizar o trabalho, independente do clima, transporte ou material coletado.

Essa deficiência é também apontada por alguns autores, que indicam os sistemas de coleta, disposição final e a ausência de uma política de proteção à saúde do trabalhador, como os principais fatores geradores dos problemas ocupacionais com os garis (PINHO et al., 2010).

Por ser uma cidade rodeada por grandes rios (como o Almada, Cachoeira e Fundão) e pelo mar, Ilhéus cresceu rapidamente, apresentando ótimas condições para agricultura, como a presença da cabruca para plantação de cacau, e um extenso litoral onde rapidamente foi construído um porto, já pronto para receber grandes embarcações. Com o passar do tempo a cidade foi aumentando seu contingente populacional, assim como a necessidade de consumo e de meios de gerenciamento urbano, principalmente a gestão dos resíduos. Com uma população estimada de 176.341 habitantes (IBGE, 2017), a cidade de Ilhéus gera em média 130 toneladas de lixo por dia, podendo chegar a 200 ton./dia no verão, época em que a cidade tem um aumento drástico em sua população flutuante, devido a alta frequência de turistas. (PREFEITURA DE ILHEUS, 2017). De acordo com a Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais, ABRELPE, em 2016 apenas 79% dos resíduos gerados no Nordeste foram coletados, indicando a necessidade de aumento da eficiência de tal atividade.

A coleta de lixo urbano é uma das principais atividades exercidas pelo serviço público, seja ele por meio de prefeituras ou através de concessionários. Em uma sociedade onde os costumes históricos e a relação com meio ambiente não favorecem o hábito de limpeza e higienização pública de forma preventiva, a alternativa mais plausível é o investimento em empresas de coleta de lixo diário, mantendo assim as ruas e calçadas limpas. Entretanto, a profissão de coletor de lixo é por diversas vezes indesejável, devido a vários intempéries q o ofício lhes traz, como a longa jornada em ambiente aberto, alta taxa de exercício físico, odor muitas vezes repugnante, ruídos acima do limite permitido, substâncias tóxicas (monóxido de carbono), agachamento, risco de quedas, atropelos, arremesso de cargas (Anjos et al., 2000), e até mesmo insatisfação de mexer com o objeto principal do cargo: o lixo.

Ao longo do trabalho, nunca se sabe quais materiais serão encontrados dentro dos sacos de lixo, podendo variar de simples papel amassado a objetos perfurocortantes ou até mesmo contaminantes. Desta forma, é imprescindível o estudo de riscos de acidentes para esta profissão, afim de averiguar quais as melhores medidas preventivas, estruturando a gestão de segurança e saúde do trabalhador, atendendo as normas e

leis vigentes e garantindo um ambiente de trabalho salubre. Como forma de diminuir o risco de acidentes no ambiente de trabalho em geral, o Ministério do Trabalho, em 1978, aprovou a Portaria nº 3.214 que regeu as normas regulamentadoras pertinentes a Segurança e Medicina do Trabalho, denominadas NR's (Normas Regulamentadoras), onde podem ser encontrados planos para programa de controle médico ocupacional, normas de utilização de EPI's, equipamentos e condições para o conforto no trabalho, entre outros.

Nesse contexto, esse artigo tem como objetivo analisar a atividade feita por coletores de lixo urbano na cidade de Ilhéus-BA, levando em conta os fatores de risco aos quais estão permanentemente expostos, considerando as condições climáticas, ruídos, poeiras, movimentos repetitivos, desgaste com carregamento de peso e os perigos enfrentados nas ruas.

Nesse estudo foi utilizado para fins de análise de condição ocupacional, entres outras, as NR's 06, que dispõe sobre a utilização de equipamentos de proteção individual-EPI; a 17, que trata da ergonomia; e a 21, que versa sobre trabalhos a céu aberto. Junto a estas, trabalhos científicos e estudos de caso também foram levados em consideração, pois assim pode ser feito um link entre as normas preventivas e a causa dos acidentes, podendo então observar o quão importante é a segurança do trabalho na área de coleta de lixo e as graves consequências de sua utilização incorreta.

METODOLOGIA

Ilhéus, que inicialmente foi formada como uma capitania hereditária se destacou, no contexto das Cidades e Urbanidades, pela sua beleza natural e potencial de recursos, subindo rapidamente para a categoria de vila, em 1535. Em 1556 foi elevada a Distrito, pela Lei Estadual n.º 905, de 06 de novembro de 1912, vindo a tornar-se cidade três séculos depois, pela Lei Provincial n.º 2.187 de 28 de junho de 1881, com sede na própria cidade.

O Município de Ilhéus está localizado na região Sul da Bahia (figura 1), com uma extensão territorial de 1.584,693 km² (IBGE,2017), o qual é dividido em Zona Norte, Zona Sul, Centro e Zona Oeste. Dentro desta divisão compreende-se 9 distritos e 27 bairros. (PREFEITURA DE ILHEUS, 2018).



Figura 1. Localização da cidade de Ilhéus. Fonte: Google Imagens

Por muito tempo a cidade teve sua economia baseada na monocultura cacaeira, até a década de 1990, quando houve a crise da vassoura de Bruxa, destruindo grande porcentagem da produção de cacau. Com isso, surgiu a necessidade de criação de alternativas para o comércio ilheense, e foi aí que se iniciou o investimento em turismo e em atividade industrial, criando o polo de informática, que posteriormente se tornou polo industrial do Iguape.

Atualmente, todo o resíduo urbano coletado vai para o aterro Sanitário Itariri, com capacidade de 200 toneladas de lixo por dia, através da coleta feita por onze caminhões compactadores (PREFEITURA DE ILHEUS, 2017).

O presente artigo foi elaborado através de uma revisão bibliográfica e documental, analisando, entre outros, normas, leis e trabalhos científicos, visando revelar o perigo ao qual o gari está exposto. Foi levado em consideração a utilização de equipamentos de proteção individual, os procedimentos legais para mitigação de riscos ergonômicos, físicos e químicos, e as condições ambientais de trabalho para o cargo de gari, popularmente conhecido como lixeiro. A partir dos dados obtidos, elaborou-se um estudo levando em conta a relação entre as normas preventivas e as reais condições de trabalho da atividade de coletor de lixo urbano, mostrando como o desequilíbrio entre esses dois elementos pode causar prejuízos irreparáveis ao trabalhador.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A cidade de Ilhéus tem uma população considerada jovem, com mais da metade compreendida entre 10 e 39 anos (IBGE, 2017). Isso indica um grande potencial para atividades que exigem condicionamento físico, como a de gari. Entretanto, a exposição ao Sol, chuva, ventos, ruídos e poeiras pode limitar permanentemente seu desempenho.

Para Zeitoune (1990, apud Silva, 2005) diversos fatores são responsáveis pelo desgaste da saúde do trabalhador, dentre eles sobressaem a fadiga, a sobrecarga de horário de trabalho, a diminuição da capacidade física e mental e doenças de natureza endêmica e epidêmicas.

Entretanto, a identificação de tais fatores não são o suficiente para resolvê-los. É necessário elaborar soluções que diminuam o índice de doenças e mortes por conta de atividades laborais, forçando assim, empresas e governo a criarem medidas que protejam a saúde do trabalhador.

Guérin et al. (2001) demonstram, ao discorrer sobre as formas de regulações, que devido à falta de estratégia nas coletas, os trabalhadores encontram-se em situação de sobrecarga de trabalho. Nota-se, após este estudo, a importância do processo de coleta como a união de diversos fatores que irá resultar em um trabalho coordenado e simples, qualitativamente eficiente.

Em todo trabalho, deve haver um cuidado por parte do empregador para com seu empregado, pois ele tem a obrigação de oferecer condições seguras e confortáveis, afim de que o trabalho possa ser realizado sem maiores dificuldades. Porém o empregado também deve ser racional ao buscar seu objetivo, pois imprevistos acontecem a qualquer momento, e é preciso calma e capacidade para lidar com eles, evitando que um problema pequeno se torne algo grave, como por exemplo o manejo de sacos com material cortante ou perfurante, que deve ser transportado com cuidado para que o coletor não sofra algum acidente (VASCONCELOS,2008).

Para realização de um trabalho seguro, o equipamento individual deve ser de responsabilidade não só do agente da ação, mas sim de um equilíbrio de responsabilidades do empregador e o empregado. Conforme dispõe a NR 06 (2009):

Cabe ao empregador quanto ao EPI: adquirir o adequado ao risco de cada atividade; exigir seu uso; fornecer ao trabalhador somente o aprovado pelo órgão nacional competente em matéria de segurança e saúde no trabalho; orientar e treinar o trabalhador sobre o uso adequado, guarda e conservação; substituir imediatamente, quando danificado ou extraviado; responsabilizar-se pela higienização e manutenção periódica; e comunicar ao MTE qualquer irregularidade observada.

Ainda na NR 06, diz-se que:

Cabe ao empregado quanto ao EPI: usar, utilizando-o apenas para a finalidade a que se destina; responsabilizar-se pela guarda e conservação; comunicar ao empregador qualquer alteração que o torne impróprio para uso; e cumprir as determinações do empregador sobre o uso adequado.

EPI pode ser definido como “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (NR 06,2009). Para a coleta, deve-se analisar qual o melhor material para determinada parte do copo.

Considera-se então a complexidade do trabalho de coleta, uma vez que,

escolhido material incorreto para utilização, o funcionário fica exposto a diversos tipos de sinistros, como contaminação através de ratos e baratas, náuseas e enjoos devido ao clima tropical de Ilhéus ou até mesmo perda gradual de audição, devido aos elevados valores de decibéis atingidos na rua, com buzinas, carros de som, etc.

Dentre os equipamentos de proteção individual, pode-se encontrar equipamentos para a cabeça, olhos, face, proteção auditiva, tronco, para o corpo inteiro, membros, cremes, braçadeiras e de proteção para quedas (Anexo 1). Cabe ao responsável técnico estudar o caso em que o trabalhador se encontra para designar o EPI ideal, conscientizando-lhe quanto a importância de seu uso e o treinando para correta utilização. No caso dos garis, é imprescindível a utilização de luvas

Em uma pesquisa realizada por HOEFEL et al. (2013) envolvendo 200 catadores de lixo, 51,7% informaram que não receberam o EPI para trabalhar; em contrapartida, 10,4% dos trabalhadores informaram não usar EPI por achar desnecessário ou incômodo. Ainda alguns que usam o equipamento os obtêm por meio de doação, compra, ou da catação no lixo.

Essa informação mostra que não se trata apenas de gerenciar os imprevistos, mas também de conscientização de ambas as partes, visto que uma tomada de decisão implica numa consequência, positiva ou negativa, para o trabalhador, a equipe de trabalho, a empresa e/ou o cliente. Ratifica-se, desta forma, que a complexidade, no que diz respeito à atividade, é um fenômeno relativo e individual. Depende da representação que cada trabalhador tem da sua atividade, bem como da experiência e das competências para lidar com os diversos imprevistos que surgem no cotidiano de seu trabalho.

Outra medida preventiva a ser tomada é em relação ao desgaste físico, pois o exercício constante de agachar e levantar peso (o lixo) pode trazer graves consequências para pernas e coluna, se não feitas de maneira correta. Ilhéus, pela quantidade de bairros e distritos que possui, exige uma grande carga de atividade por parte do lixeiro, devendo este ficar atento a seus limites físicos. A NR-17 (2009), que trata da ergonomia, afirma que:

Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, e a partir da análise ergonômica do trabalho, deve ser observado o seguinte: a) todo e qualquer sistema de avaliação de desempenho para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie deve levar em consideração as repercussões sobre a saúde dos trabalhadores; b) devem ser incluídas pausas para descanso.

Para analisar esses fatores, deve-se realizar uma Análise Ergonômica do Trabalho (AET). Segundo Maia (2008), a AET é um levantamento de dados que possibilitam a implementação necessária de mudanças para que o ambiente de trabalho seja mais satisfatório, principalmente para o funcionário.

Conforme explica Lida (1995), uma AET é dividida em cinco partes:

- Análise de demanda

- Análise de tarefa
- Análise de atividade
- Diagnóstico
- Recomendações

A primeira etapa é a identificação do trabalho em sua totalidade, delimitando os limites e necessidades. A segunda refere-se às condições ambientais e organizacionais do trabalho. Em seguida estuda-se o tipo de atividade osteomuscular e psicológica exercida pelo indivíduo no momento da atividade. Na etapa de diagnóstico é feita uma síntese de quais riscos ergonômicos essa atividade pode trazer, evidenciando as enfermidades apresentadas no trabalho. Por fim, realiza-se uma série de recomendações que irão melhorar o ambiente de trabalho, assim como a satisfação do funcionário, configurar de forma correta todo o processo realizado.

Para a coleta e transporte de lixo, existem alguns dados ergonômicos importantes que devem ser analisados antes de iniciar o trabalho, entres eles:

- Tipo de carga a ser transportada
- Peso médio da carga (normalmente leve, porém bastante quantidade)
- Esforço a ser realizado
- Tipo de exercício (agachamento, corrida, força com os braços)
- Condicionamento físico do funcionário; e
- Condições ambientais de trabalho (local, duração, horário)

Posturas inadequadas em algumas funções, aliadas a outros fatores de risco existentes no ambiente de ocupação, como sobrecarga à coluna vertebral devido ao peso carregado, ou postura incorreta no agachamento para pegar material são as maiores justificativas para o afastamento do trabalho, e a depender da intensidade, da invalidez do funcionário para aquela função (COUTO, 1995).

Segundo SILVA (2010), “A atividade em análise é considerada exaustiva uma vez que desencadeia uma sequência de posturas inadequadas resultando em fadiga e estresse muscular após uma jornada de trabalho.” Desta forma, nota-se a importância de exercícios laborais antes e durante o exercício, alongando e relaxando os músculos.

De acordo com uma pesquisa realizada por ARAÚJO (2011), onde ele estudou a aptidão física de catadores de lixo em Espírito Santo, levando em consideração fatores como consumo máximo de oxigênio, flexibilidade, resistência muscular localizada, força muscular e percentual de gordura corporal, pôde-se inferir que o condicionamento físico em todos os fatores estudados é considerado bom, o que indica preparo por parte dos funcionários. Logo, os problemas ergonômicos em regra não são causados por deficiência do gari, mas sim pelo exercício em si, de levantar peso, agachar, correr, manter-se “pendurado” na barra de segurança do caminhão, entre outros.

Em um estudo feito por VELOSO et al. (1997), com 24 coletores lotados na

Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Rio de Janeiro, foi relatado mediante entrevista quais os acidentes mais “comuns” de acontecer segundo os próprios funcionários, sendo estes mencionados na Tabela 1.

Nota-se que a proteção contra objetos cortantes é de fundamental importância, cabendo ao responsável técnico a designação da luva ideal de proteção e funcionário o cuidado e a responsabilidade de utilizar corretamente o EPI. A identificação de materiais cortantes e/ou perfurantes nas sacolas também deve ser realizada pelo gerador do resíduo, pois dessa forma o gari já iria se atentar ao risco que aquela sacola oferece. Segundo o artigo 8º da Lei complementar Nº. 234 (1990), que trata do código de limpeza urbana, “o usuário deverá providenciar, por meios próprios, os recipientes necessários ao acondicionamento dos resíduos sólidos gerados, observando as características e especificações determinadas pelo executivo e pela associação brasileira de normas técnicas” sob pena de multa.

Ainda sobre esse mesmo estudo, dos 67 acidentes informados, 35,8% ocorreram em membros superiores e 26,8% na coluna vertebral, sendo estes os acidentes mais frequentes. Influí-se também entre as causas de acidente a influência do veículo coletor de lixo (11,9%), que possui estruturas que podem vir a lesionar o gari de diversas formas.

Causas dos acidentes	n	%
Objeto cortante	21	31,3
Esforço excessivo	19	28,3
Objeto perfurante	9	13,4
Queda do veículo coletor	3	4,5
Batida de corpo no veículo	2	3
Gancho de suspensão da caçamba	1	1,5
Prensagem na porta do veículo	1	1,5
Prensagem no compactador	1	1,5
Trânsito	4	6
Corpo estranho nos olhos	3	4,5
Ataque por seres vivos	2	3
Contato com eletricidade	1	1,5

Tabela 1. Causas dos acidentes relacionados ao trabalho referidas pelos 24 coletores de lixo domiciliar estudados da Companhia Municipal de Limpeza Urbana do Rio de Janeiro.

Além dos fatores de risco acidentais ocasionados pela falta de EPI, material

transportado e pela postura inadequada, deve-se levar em conta também os elementos ambientais, pois o coletor de lixo trabalha permanentemente em área descoberta, a “céu aberto”, tendo que lidar com radiação, calor, frio, ventos e chuvas. De acordo com a NR 21, que versa sobre trabalhos a céu aberto, “Serão exigidas medidas especiais que protejam os trabalhadores contra a insolação excessiva, o calor, o frio, a umidade e os ventos inconvenientes.” a norma prevê então a implantação de pontos de proteção contra intempéries, fornecimento de água e locais dignos para as necessidades fisiológicas. Entretanto, no ramo da coleta de lixo urbano, atender a esses quesitos é um grande desafio, já que o gari se encontra sempre em movimento entre os bairros.

Os EPI's normalmente direcionados aos catadores de lixo são luvas de proteção, máscara, óculos, roupa de proteção, capuz, creme protetor, joelheira e calçado. A empresa deve fornecer todo o material, porém muitos desses equipamentos acabam por dificultar o trabalho do gari, como as máscaras, que atrapalham a respiração e as roupas de proteção que são quentes. Além disso, corriqueiramente as empresas não fornecem o tipo de material ideal, como luvas que não os protegem de material cortante, e capas de chuva que não a evitam completamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se a partir deste estudo que as atividades direcionadas ao carregamento de cargas, especificamente a coleta de lixo urbano, apresentam corriqueiramente condições inadequadas ao trabalho, sejam elas causadas por fatores físicos, ergonômicos, climáticos ou mesmo por falta de estruturação organizacional do empregador e do empregado. A avaliação com a segurança do trabalhador já vem sendo realizada há algumas décadas, sendo feitos estudos de normas, levantamento de riscos e perigos, demandas e necessidades do funcionário, para que ele possa cumprir sua função da maneira mais segura e confortável possível. Em Ilhéus, cidade consideravelmente grande, litorânea, de clima tropical e com área territorial extensa, deve-se priorizar a condição do gari, observando suas dificuldades físicas e cognitivas, que podem oferecer riscos à sua saúde de diversas formas.

O uso de EPI mostrou-se, pelo estudo, de fundamental importância na execução de sua função, sendo ele responsável pela proteção sobre diversos fatores, como a radiação solar, riscos contundentes, perfurantes e cortantes, chuvas e poeiras. Em relação à movimentação realizada durante o exercício da coleta, notou-se que a exaustão física e consequente lesão pode ser alcançada facilmente se não houver por parte do coletor um condicionamento físico bom, e um treinamento técnico laboral por parte do empregador, mostrando àquele qual a forma correta de se realizar a coleta da carga, e como se portar durante a movimentação de entrada, saída e permanência do caminhão. Por fim pode-se concluir também que a condição ambiental ao que o gari é exposto tem fundamental importância, pois em uma cidade de clima predominantemente quente como Ilhéus, a permanência duradoura da pessoa em ambiente a céu aberto,

acompanhada da alta taxa de esforço físico e elementos prejudiciais (ruídos, poeiras, estresse) pode aumentar o risco de acidentes ou até mesmo causar algum esgotamento físico e/ou mental, por vezes irreversíveis.

Dessa forma, conclui-se que o ramo de segurança na coleta de lixo deve ser ainda amplamente estudado, analisando ponto a ponto cada dificuldade encontrada pelo coletor, e em cima disso elaborar o seu plano de trabalho, com treinamentos, uso correto de EPI's, exercícios laborais e definição estratégica do melhor horário de coleta para o gari.

REFERÊNCIAS

ANJOS, L. A.; FERREIRA, J. A. A avaliação da carga fisiológica de trabalho na legislação brasileira deve ser revista! O caso da coleta de lixo domiciliar no Rio de Janeiro. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 16, n. 3, p. 785-790, 2000.

BAINBRIDGE, L.; LENIOR, T. M. J.; SCHAAF, T. W. Cognitive processes in complex tasks: introduction and discussion. *Ergonomics*, v. 36, n. 11, p. 1273-1279, 1993.

COUTO, H. A. **Ergonomia aplicada ao trabalho** – Manual técnico da máquina humana. Belo Horizonte: Ergo, 1, 1995.

GUÉRIN, F.; LAVILLE, A.; DANIELLOU, F.; DURAFFOURG, J.; KERQUELEN, A. **Compreender o trabalho para transformá-lo: a prática da ergonomia**. Tradução Giliane M.J. Ingratta, Marcos Maffei. Ed. São Paulo: Blücher: Fundação Vanzolini, 2001.

HOEFEL, M. G.; CARNEIRO, F. F.; SANTOS, L. M. P.; GUBERT, M. B.; AMATE, E.; SANTOS, W. S. Acidentes de trabalho e condições de vida de catadores de resíduos sólidos recicláveis no lixão do Distrito Federal. **Revista Bras. de Epidemiologia**. 2013.

IBGE, 2017. Estimativa Populacional de 2017. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes ao município de Ilhéus, fornecidos em meio eletrônico. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/ilheus/panorama>> Acesso em 12/02/2018.

IBGE, 2017. Histórico de Ilhéus. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, dados referentes ao município de Ilhéus, fornecidos em meio eletrônico. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/ilheus/historico>> Acesso em 04/02/2018.

IIDA, I. **Ergonomia projeto e produção**. 3ª ed., São Paulo – SP: Edgar Blücher, 1995.

LAZZARI, M. A.; REIS, C. B. OS COLETORES DE LIXO URBANO E SEU DISCURSO SOBRE O USO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. **Interbio** v.2 n.1 2008.

LEI COMPLEMENTAR Nº. 234 DE 1990. **Lei Complementar Urbana**. Disponível em: <http://proweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/dmlu/usu_doc/lei_complementar_234-90.pdf>. Acesso em 15/03/2018.

LORO, M.M. **Enfermagem em Saúde do Trabalhador**. UNIJUÍ: Ijuí-RS, 2005. 60p.

MAIA, I. M. O. **Avaliação das condições posturais dos trabalhadores na produção de carvão vegetal em cilindros metálicos verticais**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Engenharia de Produção. UTFPR: Ponta Grossa, 2007.

NR, Norma Regulamentadora [Ministério do Trabalho](#) e Emprego. **NR-6** – Equipamento de Proteção Individual. 2009. Disponível em:

<<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr6.htm>>. Acesso em: 18/02/2018.

NR, Norma Regulamentadora [Ministério do Trabalho](#) e Emprego. **NR-17** – Ergonomia. 2009. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr17.htm>>.

Acesso em: 18/02/2018.

NR, Norma Regulamentadora [Ministério do Trabalho](#) e Emprego. **NR-21** – Trabalhos a Céu aberto. 2009. Disponível em:

<<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr21.htm>>. Acesso em: 18/02/2018.

Organização Internacional do Trabalho. 2013 Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho>>. Acesso em: 19/02/2018.

PINHO, L.M.; NEVES, E.B.; Acidentes de trabalho em uma empresa de coleta de lixo urbano. **Cad. Saúde Colet.** Rio de Janeiro, 18 (2): 243-51. 2010.

PREFEITURA DE ILHEUS. 2017. Disponível em:

<<http://www.ilheus.ba.gov.br/detalhe-da-materia/info/ilheus-podera-gerir-o-aterro-sanitario-da-cidade/48987>> Acesso em 18/02/2018.

PREFEITURA DE ILHÉUS. 2018. Disponível em:

<http://www.ilheus.ba.gov.br/abrir_arquivo.aspx/BAIRROS_E_DISTritos>

Acesso em: 14/03/2018.

SILVA, M. C.; FREITAS, T. A. F.; MÁSCULO, F. S. **Métodos de análise ergonômica aplicados às atividades de carregamento manual de caminhões em uma empresa de cerâmicos**. Maturidade e desafios da Engenharia de Produção: competitividade das empresas, condições de trabalho, meio ambiente. São Carlos, SP, Brasil, 12 a15 de outubro de 2010.

SILVA, S. L. da. **As interações do enfermeiro do trabalho com a saúde do trabalhador em âmbito de prática e assistência de enfermagem**. (2005) Tese de Doutorado. UFRJ: Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://teses.ufrj.br/EEAN_d/SergioLimaDaSilva.pdf>. Acesso em: 10/01/2017.

VASCONCELOS, R.C.; LIMA, F. P. A.; CAMAROTTO, J. A.; ABREU, A. C. M. S.; FILHO, O. S. C.; Aspectos de complexidade do trabalho de coletores de lixo domiciliar: a gestão da variabilidade do trabalho na rua. **Gestão & Produção**. São Carlos, v. 15, n. 2, p. 407-419, maio-ago. 2008.

VELLOSO, M. P.; SANTOS, E. M.; ANJOS, L. A. Processo de trabalho e acidentes de trabalho em coletores de lixo domiciliar na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Públ.**, Rio de Janeiro, 13(4):693-700, out-dez, 1997.

ANEXO A - MODELOS DE EPI PARA COLETORES DE LIXO URBANO



Figura 2. Uniforme com sinalizador.



Figura 3. Luva de Segurança.



Figura 4. Máscara Pff1.



Figura 5. Botina de segurança



Figura 6. Creme de proteção para a pele (marca exemplificativa)



Figura 7. Boné árabe.

O EMPREGADO DOMÉSTICO E A NOVA LEGISLAÇÃO REGENTE DO TRABALHO DOMÉSTICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAL E SOCIAL DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS AOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

Flavia Nogueira Rodrigues

São Luís - Maranhão

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de demonstrar as inovações trazidas após a promulgação da Emenda Constitucional nº 72/2013, que trata da regulamentação pertinente ao trabalho dos empregados domésticos, obtida a partir do advento da Lei Complementar nº 150/2015. A regulamentação das normas trazidas pela Lei Complementar trouxe à classe dos trabalhadores domésticos uma perspectiva social acerca de seus direitos e garantias fundamentais. A nova legislação pertinente proporciona uma nova análise constitucional sobre os transcurso trabalhistas de modo geral e específico, como a sua forma de funcionamento, organização cronológica e aplicabilidade. No intuito de mostrar a fundo as especificidades de um tema comum e polêmico, envolvendo a relação de trabalho entre empregador e empregado doméstico, foi que se desenvolveu o presente estudo. Sucedeu-se de grande importância a alteração do parágrafo único do artigo 7º da Constituição de 1988, pois sabe-se da distinção criada pela própria Carta Republicana a partir de sua promulgação entre o empregado doméstico e os trabalhadores urbanos e rurais, não especificando seus direitos e garantias, o que com o tempo por via

de tantos dissentimentos foi sendo pacificado através de analogia e costumes, dando início a uma grande jornada em busca de uma aplicação constitucional dos seus direitos. Por se tratar de um tema com regulamentação de leis específicas, a Lei Complementar Nº 150/2015 ampliou o rol de direitos garantidos aos empregados domésticos, pela sua inovação constitucional. Ao decorrer irá abordar as principais normas jurídicas inovadas que tratam de cada um desses direitos do empregado doméstico.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Empregado Doméstico. Lei Complementar.

ABSTRACT: This study has the purpose of demonstrate the innovations brought after promulgation of Constitutional Amendment nº 72/2013, it's about the regulation of domestic employees, obtained through Complementary Law nº 150/2015. The regulation of norms brought by complementary law brought to the class of domestic employees a social perspective about their rights and fundamental guarantees. The current legislation provides a new constitutional analysis about the labor suit in a specific and general way, such as its form of funcionamento, cronologic organization and applicability. This study was developed to show in detail the specificity of a common and polemic theme, involving a relation between

employer and employee. It's was very important the alteration of single paragraph of article 7 of Federal Constitution/1988, because its known the distinction created by own Brazilian Constitution as of its promulgation between domestic employee and urban and rural workers, not specifying their rights and guarantees, that was pacified by analogy and customs, beginning a great journey in a search of constitutional applications of their rights. As it is a theme with regulamentation of specific law, Complementary Law nº 150/2015 expanded the list of guaranteed rights to domestic workers by constitutional innovation. During this study, will be treat the main innovated legal rules that's about each one of domestic employees' rights.

KEYWORDS: *Federal Constitution. Domestic Employee. Complementary Law.*

1 | INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco histórico para os empregados domésticos, pois as inovações trazidas abrangeram garantias constitucionais à classe.

A Emenda Constitucional nº 72/2013 produziu em seu contexto transformações socioeconômicas e jurídicas, expandindo os direitos previsto no artigo 7º e incisos da Carta Republicana à classe social dos domésticos. Apesar de toda essa evolução de cunho social, o legislador sentiu a necessidade de outorgar a segurança jurídica entre as partes envolvidas no contrato de trabalho doméstico. Referindo-se em ampliar a regulamentação além da matéria constitucional, prevendo uma legislação futura, uma norma infraconstitucional, de tal forma que adveio a Lei Complementar nº 150/2015.

A partir da Lei Complementar nº 150/2015, com a ampliação legislativa, a citada Lei aperfeiçoou-se e regulamentou o rol de direitos e garantias aos empregados domésticos, pois sabe-se que a Constituição Federal de 1988 não assegurou de maneira clara e devida aos domésticos os mesmos direitos que foram estendidos aos trabalhadores urbanos e rurais. É com a finalidade de mostrar, através de um estudo de realidade exploratório e descritivo, a intenção do poder constituinte com o propósito de igualar os direitos entre todos os trabalhadores abrangidos pelo artigo 7º da Carta Magna. Entretanto, não deixou expressa tal igualdade, que somente mudou sua analogia ante a Emenda Constitucional, embora tenha continuado certa omissão legislativa, pois houve falta de efetividade da própria norma constitucional em alguns desses direitos.

Assim como, empregou-se o método dialético e comparativo no exposto trabalho, buscando-se descrever e explicar que a mesma categoria profissional se submete a normas de eficácia plena e limitada existentes na mesma Carta Política. Para enriquecer o valor deste trabalho, utilizou-se como recursos as referências bibliográficas da área do direito do trabalho do empregado doméstico, do direito constitucional e do direito constitucional do trabalho para compreender os elementos fático-jurídicos da classe.

Por conseguinte, após analisar o presente estudo foi possível concluir que entender

os anseios de melhorias para o labor diário dos domésticos era fundamental, porém foi indispensável que tais avanços pudessem assegurar condições dignas de trabalho, e a Lei Complementar nº 150 englobou todas essas condições em uma só norma, por isso o seu teor é considerado extravagante, já que se trata, simultaneamente, dos assuntos trabalhistas, previdenciários e tributários.

Em suma, é a demonstração de um verdadeiro marco na luta da classe dos empregados domésticos e a Lei Complementar lhes trouxe uma perspectiva mais social a respeito dos seus direitos e garantias no contrato de trabalho.

2 | A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

Desde o século XIX, com o Código Comercial de 1850 e, posteriormente, com o Código Civil de 1916, já se encontravam nas entrelinhas jurídicas fragmentos referentes aos trabalhadores domésticos. Entretanto, destaca-se que o primeiro diploma específico a regulamentar a classe tratada foi o Decreto-lei nº 3.078/1941, porém houve questionamento acerca da sua efetiva vigência, pois nunca chegou a ser regulamentado e, por esse motivo, continuou em vigor as normas acerca do contrato de locação de serviços, previstos nos artigos 1.216 a 1.236 do Código Civil de 1916.

Não há dúvidas de que nas civilizações mais longínquas encontrava-se a figura do trabalhador doméstico, servindo às classes mais abastadas em seus domicílios, caracterizando um dos mais antigos tipos de trabalho. Anos depois da promulgação da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), tendo em vista a exclusão expressa da relação de emprego doméstico do sistema de proteção da CLT, foi que os próprios passaram a ser regidos por uma lei própria, logo assim, afastando a incidência do Código Civil de 1916, com o surgimento da Lei 5.859/1972, regulamentada pelo decreto nº 71.885/1973.

Cabe uma rápida digressão sobre qual o desígnio da Carta Republicana em estabelecer a igualdade de direitos aos trabalhadores elencados no artigo 7º com parâmetro no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos e garantias fundamentais à igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, contudo, é forçoso reconhecer que a nova redação concebida ao parágrafo único do artigo 7º da CF não equiparou expressamente os empregados domésticos aos demais trabalhadores urbanos e rurais. Entretanto, o constituinte derivado intentou estabelecer a igualdade de direitos entre todos os trabalhadores abrangidos pelo art. 7º, no intuito de uniformizar os empregados domésticos aos demais trabalhadores urbanos e rurais. Foi no parágrafo único listando apenas 10 incisos que lhes deu aquiescência, assim se faz a menção:

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

IV - Salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às

suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

VI - Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

XV - Repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença- paternidade, nos termos fixados em lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXIV - aposentadoria;

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

A Proposta de Emenda à Constituição de nº 66/2012, conhecida como a “PEC das domésticas”, teve por objetivo ampliar os direitos trabalhistas dos empregados domésticos. A proposta original era revogar por um todo o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para deixar claro que a intenção do legislador era estender os direitos e coibir quaisquer dúvidas quanto a aplicação dos direitos dos empregados domésticos. Após aprovação unânime no plenário do senado, a Proposta da PEC se tornou a Emenda Constitucional 72/2013.

A Emenda estendeu diversos direitos dos incisos constantes no artigo 7º aos empregados domésticos, porém continuou uma certa omissão legislativa, pois ainda necessitava de normas regulamentadoras infraconstitucionais para eficácia de alguns desses direitos garantidos, que até a regulamentação dessas normas aplicava-se por analogia no que coubesse a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Para suprir a omissão legislativa foi que se deu início ao projeto de Lei Complementar nº 224/2013, que após promulgação presidencial em 01.06.2015, tornou-se a Lei Complementar nº 150/2015. A norma passou a regulamentar os direitos estendidos aos trabalhadores domésticos pela Emenda Constitucional 72/2013 que

estavam pendentes de regulamentação.

2.1 Quem é o empregado doméstico

O conceito de empregado doméstico está cristalino no art. 1º da Lei Complementar 150/2015, na qual faz a menção clara dos requisitos essenciais para a caracterização do vínculo empregatício do doméstico.

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei. (BRASIL, 2015) (grifo nosso)

Cabe salientar que a categoria dos empregados domésticos é representativa dentro da população brasileira e economicamente ativa, não somente informal, sendo sua maioria formalmente inserida no mercado de trabalho e na previdência social.

2.2 Quem é o empregador do doméstico

O conceito do empregador doméstico consta inserido no próprio artigo 1º da referida Lei Complementar 150/2015, assim se menciona “*À pessoa ou à família, no âmbito residencial destas*” (BRASIL, 2015). Outrossim, o conceito de família nesse contexto é multívoco e requer a ampla definição do artigo 226 e parágrafos 3º, 4º da Constituição Federal de 1988.

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988).

Decerto, aqui abrange a mutação constitucional ocorrida no §3º e adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura não somente entre o homem e a mulher, mas entre pessoas do mesmo sexo, reconhecidas também como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família, que no âmbito residencial admite-se o empregado doméstico.

2.3 Quem é o diarista dentro deste mercado de trabalho

O diarista consiste na figura do trabalhador autônomo, apesar de ter subentendido que para esta classe de trabalhador o que lhe diferencia do empregado doméstico é o requisito da continuidade na prestação de serviços, conforme ressalva o artigo 1º, da Lei Complementar 150/2015.

Pelo contrário, embora a Lei Complementar 150/2015 estabeleça que o trabalho do doméstico é superior a 2 (dois) por semana, não se pode delimitar que aquele que trabalha inferior a 2 (dois) por semana é considerado diarista.

Em resumo, a jurisprudência trabalhista não vislumbra sob essa ótica. O entendimento pacífico é que há outros requisitos que precisam ser analisados, dentre eles dois principais que são: a **continuação na prestação dos serviços**, que ao descaracterizar esse requisito e reputar o seu trabalho por até 2 (dois) dias por semana, não seria o suficiente para caracteriza-lo de diarista; e o outro e principal requisito para essa descaracterização de vínculo empregatício consiste na **subordinação jurídica**, pois quando o trabalhador é livre para escolher os dias e horários em que prefere trabalhar, sem ele estar submetido a determinação por um empregador, não há que se falar em caracterização de relação de empregado doméstico, e sim de um trabalhador autônomo, mas a análise do fato varia de acordo com o caso concreto.

3 | OS DIREITOS PREVISTOS COM A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi evolucionária na proteção trabalhista dos empregados domésticos, à medida que ela lhes assegurou um leque de direitos mínimos, mas consideravelmente extensos do que lhes era conferido pela legislação existente até então (Lei 5.859/1972).

No entanto, foi inegável a melhoria das condições de proteção trabalhista aos domésticos a partir da Constituição Federal de 1988. Era inescusável a constatação de que o constituinte adotou um critério desigual entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores urbanos e rurais, à medida que o artigo 7º e incisos prevê uma proteção ampla e integral aos trabalhadores urbanos e rurais, enquanto aos empregados domésticos foi uma proteção restrita, recepcionados por apenas 10 (dez) incisos no parágrafo único do artigo 7º da Carta Política, nas quais já foram citados anteriormente no tópico 2º deste artigo.

4 | OS DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988 APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013

A Emenda Constitucional 72/2013 objetivou estender os direitos aos empregados domésticos, já previstos no artigo 7º e seus incisos da Carta Magna, de modo a lhes garantir segurança constitucional.

Os direitos contidos no parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal são direitos fundamentais de 2º geração, portanto, o dever do intérprete é afastar todas as dificuldades para dar efetividade aos direitos constitucionalmente reconhecidos aos domésticos, ademais já consta ostensível na Carta Política em seu artigo 5º, parágrafo

§1º, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, cumpre ressaltar que a efetividade de alguns direitos assegurados aos domésticos pela EC nº 72/2013 possuem eficácia limitada e impediram um alcance maior pela proteção das normas trabalhistas, assim fazendo a utilização por analogia para integrar quaisquer lacunas existentes, como aponta a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), em seu artigo 4º, assim discorre “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942). O esclarecimento a respeito da eficácia da norma constitucional é imprescindível para se concluir pela existência ou não de efeito produzido por ela, Delgado (2008, p. 1430) ensina que “por eficácia jurídica deve-se compreender a aptidão formal de uma norma jurídica para incidir sobre a vida material, regendo relações concretas”.

Pela norma Constitucional não ter alcançado a sua efetividade necessária para o seu pleno exercício, por possuir eficácia limitada em alguns de seus dispositivos, foi necessário o surgimento da norma reguladora infraconstitucional para completar e dar êxito a imediata garantia constitucional dos empregados domésticos, assim o legislador dirimiu-se a solucionar a matéria através de Lei Complementar. Carrion (2001, p. 43-44) compartilha de posição similar, conforme se verifica:

Os direitos que a Constituição concedeu genericamente aos domésticos devem ser aplicados com a regulamentação das leis que já os contemplam. É verdade que as leis ordinárias necessitam de regulamentação somente entram em vigor na data em que esta ocorrer. Mas com as normas constitucionais não se pode dar o mesmo, a não ser que haja condicionamento expresse diferido ou exista absoluta impossibilidade material de atuação efetiva. É que o vazio regulamentador da lei não é tão tolerável como o da Constituição, pela maior imperatividade desta última sobre a primeira. (...) No entendimento da eficácia das Constituições houve uma grande evolução, chegando a afirmar-se que já não há mais normas programáticas (José J. Canotilho), pelo que o intérprete e aplicador da lei tem de afastar as dificuldades para concretizar os dispositivos da Lei Maior. (...) Tudo isso tem que levar o intérprete a uma interpretação criativa. Assim, enquanto não houver lei que complete certos dispositivos simplesmente enunciados pela Constituição, tem-se de aplicar o instituto deferido para outros sujeitos ou situações, tal como ele já está em vigor.

5 | OS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS REGULAMENTOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015

Como a Constituição está no vértice da hierarquia formal das demais normas, sem dúvida, o seu reflexo gera efeitos ao modo de ampliar um maior alcance às demais normas infraconstitucionais.

Haja vista que a necessidade de regulamentar alguns dos direitos assegurados pela Emenda Constitucional 72/2013 foi que pretendeu conferir respaldo jurídico entre as partes envolvidas no contrato de trabalho. Mesmo com a vigência da Emenda

Constitucional, ainda houve insuficiência na aplicação de parte das normas do artigo 7º, havendo então a necessidade de regulamentação para alguns de direitos.

Como resultado, a Lei Complementar 150/2015, composta por 47 artigos, abrangeu a regulamentação quanto a aplicação de alguns direitos, tais como: a obrigação ao depósito do FGTS; o direito a multa rescisória de 40%; o direito ao seguro desemprego em caso de desemprego voluntário recebendo até 3 (três) meses consecutivos ou não; a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa; a jornada de trabalho na modalidade 12x36 (doze horas por trinta e seis horas de trabalho ininterruptos); a jornada parcial em que o labor seja de até 25 (vinte e cinco) horas semanais; o banco de horas para a jornada de trabalho que exceder 44 (quarenta e quatro) horas semanais poderá ser compensado com horas extras ou folga, sendo as primeiras 40 horas remuneradas, tendo que ser compensadas em um prazo máximo de 1 (um) ano; o adicional noturno que compreende entre às 22h e 05h com a duração reduzida em 52 minutos e 30 segundos com acréscimo de 20%; a concessão do aviso prévio desde que comunicado a outra parte esteja ciente da sua intenção, na proporção de 30 dias para o empregado que conter 1 (um) ano de serviço e a quem conter mais de 1 (um) ano de serviço ao mesmo empregador o acréscimo de 3 (três) dias por ano ao máximo de 60 dias perfazendo um total de 90 dias.

6 | A LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015 E AS QUESTÕES PREVIDENCIÁRIAS

A Lei Complementar 150/2015 amplificou os benefícios de cobertura previdenciária aos empregados domésticos. O empregado doméstico é segurado obrigatório da previdência social desde a Lei 5.859/1972, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 passou a ser múnus.

Por conseguinte, a Lei Complementar trouxe um avanço bastante significativo em matéria de regulamentação previdenciária aos empregados domésticos, uma importante evolução ao sistema previdenciário brasileiro. Senão vejamos quanto aos tipos de benefícios está relacionado às contribuições.

A aposentadoria por tempo de contribuição que contém exigências específicas para a sua concessão, previstas no artigo 201 da Carta Republicana, é assegurada pelo regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta anos) de contribuição, se mulher.

A aposentadoria por idade é uma das de maior alcance no Brasil, prevista no artigo 201, § 7º inciso II da Lei Maior, para a sua concessão, precisa-se obedecer aos seguintes requisitos: 65 (sessenta e cinco) anos se homem e 60 (sessenta) anos se mulher, bem como 180 (cento e oitenta) contribuições mensais; no caso de segurados especiais reduz em 5 (cinco) anos, sendo 60 (sessenta) anos se homem e 55 (cinquenta e cinco) anos se mulher, bem como 180 (cento e oitenta) contribuições mensais.

Quanto a aposentadoria especial, o próprio o nome já diz “especial”, ela é um pouco mais complexa, pois para o seu deferimento como empregado doméstico terá que comprovar as condições especiais, tais como: a exposição aos agentes nocivos físicos, químicos, biológicos, prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período equivalente a concessão da aposentadoria especial; outro ponto é associar o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade relacionados às atividades dos domésticos e comprovados em salário, só que a Emenda Constitucional 72/2013 não garantiu o pagamento desses adicionais aos empregados domésticos, o que gera controvérsias judiciais.

Já a aposentadoria à pessoa com deficiência também pode ser concebida ao empregado doméstico que se enquadrar nesta modalidade, tendo que respeitar os requisitos mínimos necessários para concessão do benefício, conforme a Lei Complementar 142/2013.

Quanto a aposentadoria por invalidez, o auxílio doença e o auxílio acidente é uma grande novidade aos empregados domésticos, a ampliação da cobertura desses benefícios se dá pelo custeio do SAT (Seguro de Acidentes de Trabalho), que a partir de outubro de 2015 passou a ser obrigatório o recolhimento referente a contribuição. Os benefícios da aposentadoria por invalidez e do auxílio doença são devidos a partir do momento em que se constatar a incapacidade ou do requerimento do benefício, tendo que respeitar a carência mínima de 12 (doze) meses, já o auxílio acidente é um benefício pago como forma de indenização em função do acidente que o segurado do INSS pode ter direito quando desenvolver sequela que reduza sua capacidade laborativa.

O salário maternidade é um benefício previdenciário pago a empregada durante o período de licença maternidade cujo o prazo é de 120 (cento e vinte) dias, também é concebido em caso de parto natimorto, de adoção, guarda judicial e aborto não criminoso neste último com redução para 15 (quinze) dias por aplicação do artigo 25 da Lei Complementar 150/2015 c/c artigo 395 do Decreto Lei nº 5.452/1943 (CLT).

O salário família é um benefício previdenciário garantido aos empregados desde a promulgação da Constituição Federal 1988, que tem como objetivo contribuir para o sustento dos filhos com idade de até 14 anos ou inválidos de qualquer idade, do empregado de baixa renda.

A pensão por morte é um benefício concedido aos dependentes do segurado, previstos no art. 16 da Lei 8.213/91, concebido inclusive aos dependentes do empregado domésticos desde que esse há época do óbito já lhe concernia o direito adquirido.

O auxílio reclusão é um dos benefícios previdenciários mais criticado e menos compreendido pela sociedade brasileira. A própria Constituição garante a proteção dos dependentes em caso de reclusão, previsto no seu artigo 201, inciso IV “salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda” (BRASIL, 1988). Como o próprio texto deixa claro para os dependentes, de tal forma que, para

fazerem jus ao benefício, a pessoa recolhida ao tempo do evento em prisão tem que estar na qualidade de segurado e ser de baixa renda.

O seguro desemprego é um benefício previdenciário, embora o termo seguro seja equivocado, pois constante no artigo 7º, inciso II e artigo 201, inciso III da Constituição, é que se demonstra pela sua natureza previdenciária ainda que não seja administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e sim pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT) sendo o conselho legítimo mesmo antes da Emenda Constitucional 72/2013, pois o benefício já era concebido aos domésticos com a Medida Provisória 2.104/2001 atual Lei 10.208/2001 (dispõe sobre o FGTS e seguro desemprego), só que era facultativo ao empregador o depósito referente ao FGTS do empregado doméstico, presentemente para ter direito ao seguro desemprego o doméstico precisa respeitar os requisitos mínimos previstos no artigo 28 da Lei Complementar nº150/2015.

Por fim, a reabilitação profissional é um benefício previdenciário ao empregado doméstico que se encontra parcial ou totalmente incapacitado para o trabalho e às pessoas com necessidades especiais, que tem por objetivo de auxiliá-las no retorno ao mercado de trabalho e ao convívio social.

7 | A LEI COMPLEMENTAR Nº 150/2015 E AS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS

No intuito de facilitar o recolhimento dos tributos e contribuições, foi que o legislador dispôs a incrementar um sistema em prol do empregador doméstico. O documento de arrecadação do e-Social (DAE), também guia única do Simples Doméstico, permite que em um só boleto seja efetuado o pagamento referente aos tributos do IRRF caso ultrapasse o limite de isenção, as contribuições das alíquotas do INSS (8%, 9% e 11%) conforme renda mensal, do FGTS (8%), o seguro contra acidentes (0,8%), a alíquota de (3,2%) relativos à rescisão contratual e a Contribuição patronal previdenciária.

A Lei Complementar 150/2015 estatui em seu artigo 39 “*é instituído o Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos (Redom), nos termos desta Lei*” (BRASIL,2015). O Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregados Domésticos (REDOM) é um programa destinado a auxiliar o empregador na regularização da situação previdenciária do empregado doméstico, o referido programa assegura ao empregador a possibilidade de recuperar eventual situação irregular relativa às contribuições previdenciárias devidas ao empregado doméstico a serem recolhidas junto ao INSS. O intento do programa é alcançar ao máximo a formalização dos contratos de trabalho entre empregador e empregado doméstico.

8 | CONCLUSÕES

Ao final desta pesquisa foi possível descrever a longínqua evolução acerca da legislação pertinente aos empregados domésticos, que ao longo dos anos foram

esquecidos no âmbito trabalhista.

Salienta-se que a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi um marco na proteção trabalhista à classe dos domésticos, à medida que lhes assegurou constitucionalmente direitos. Sobretudo, a alteração do parágrafo único do artigo 7º da Carta Republicana, de grande importância, pois sua inovação constitucional trouxe resultados eficazes, *a priori*, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho que são princípios basilares para efetivação dos demais direitos.

A Lei Complementar nº 150/2015 trata de uma norma específica com regulamentação de leis específicas, trazendo segurança jurídica na execução do contrato de trabalho à classe dos empregados domésticos, com a vigência da legislação infraconstitucional que assegurou o pleno gozo dos direitos de forma igualitária e justa, já que são meritórios por se tratar de uma classe representativa dentro da população brasileira por ser economicamente ativa, contando atualmente com mais de 7,2 milhões de empregados domésticos, uma camada social formalmente inserida no mercado de trabalho e previdência social.

Sabe-se que as normas têm que acompanhar a evolução do espaço-tempo-social, e com os empregados domésticos não foi diferente, foram marcados pela tardia evolução, mas conseguiram garantir constitucionalmente esse direito. Há algumas controvérsias que chegarão aos tribunais para discussão. Este trabalho não pretendeu em nenhum momento esgotar o tema pesquisado, por esse motivo, fazendo-se necessária a realização de novos estudos, que também estimulem outras reflexões e debates acerca da classe dos domésticos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1943.

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

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 72/2013**. Exposição intermitente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm>. Acesso em: 28 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 150/2015**. Exposição intermitente. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 29 setembro de 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.859 de 11 de dezembro de 1972**. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Ministério da Justiça. 1972.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Ministério da Justiça. 1991.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 7ª ed.2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do trabalho doméstico**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. **Empregado Doméstico**. 1 ed. São Paulo: Editora CL Edijur, 2015.

SANTOS, Ana Claudia Schwenck dos. **Empregados Domésticos: o que mudou?** 2 ed. São Paulo: Editora Rideel, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O DIREITOS SOCIAIS DA MULHER: ACESSO E MANUTENÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Maurinice Evaristo Wenceslau

(PPGDH/UFMS/LEDD)

maurinice@uol.com.br

Ailene de Oliveira Figueiredo

(PUC/RS)

aileneoliveira01@gmail.com

RESUMO: A crescente inserção das mulheres no mercado de trabalho desperta a necessidade de aprofundamentos nas discussões de seus direitos sociais, principalmente pela constatação, pelos órgãos de pesquisa, do aumento de escolarização e da persistente desigualdade de renda entre homens e mulheres no emprego, mesmo quando as funções têm as mesmas características. Assim, esse artigo, extraído de pesquisa em andamento, tem por objetivo o estudo da importância do princípio da igualdade de gênero no mercado do trabalho, sua influência para a reivindicação dos direitos sociais das mulheres e os embates contra a desigualdade. Para tanto, utilizou-se do método exploratório, descritivo e analítico, na análise da literatura, da área e afins, da legislação internacional e nacional, no período de 1989 a 2017.

Palavras-Chaves: Cidadania; Princípio da igualdade; Discriminação no emprego; Trabalho

da Mulher.

ABSTRACT: The increasing insertion of women in the labor market has necessitated a deepening in the discussions of their social rights, mainly due the finding by the research agencies of the increase in schooling and the persistent income inequality between man and women employment even when functions have the same characteristics. Thus, this article, drawn from research in progress, aims to gender equality in the labor market, its influence on the claim of women's social rights and clashes against inequality. For that, the exploratory, descriptive and analytical method was used in the analysis of literature, area and related, international and national legislation from 1989 to 2017.

KEYWORDS: Citizenship; Principle of equality; Discrimination in employment; Women's work.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A reflexão sobre a realidade do trabalho sob o prisma humanístico e social, constata a desconstrução paulatina do emprego com qualidade, deixando ao largo as ocupações qualitativas em favor de ocupações caracterizadas pela precariedade, sob a alegação de existe a necessidade de torná-lo mais acessível ao número de pessoas possível.

A reboque da precarização, existe

a questão do acesso ao emprego das mulheres, ressaltando, que a discussão se refere a 56,6% (IBGE, 2017) da população economicamente ativa na atualidade no Brasil, barreira ainda não transposta, cercada de intersecções sociais, econômicas e estruturais de uma sociedade eminentemente neoliberal.

A precarização laboral feminina é observada historicamente e ganhada destaque quando em 2010 contava com 62% de mulheres empregadas como domésticas em nosso País (IBGE, 2017). Sendo certo que, apenas em 2015, a atividade foi devidamente regulamentada pela Lei complementar nº 150 (BRASIL, 2015), Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, experimentando uma elevação legal qualitativa, que teve a finalidade de equalizar esta classe laboral aos demais.

O problema referenciado se atribui a discriminação contra a mulher socialmente convencionado, independentemente do nível educacional, e cuja abrangência abarca mais da metade da população mundial, e no Brasil, a população feminina ultrapassa a metade. A PNAD contínua, demonstra que conjuntamente as diferenças em ocupação, e investiga, trimestralmente, outros indicadores sobre os demais temas componentes da amostra (BRASIL. IBGE, s/d).

Esses dados reforçam a importância de estudos sobre a inserção da mulher no mercado de trabalho. É certo que a renda obtida pela mulher provoca forte impacto nas relações sociais, em especial na relação familiar. Ainda, interfere na mudança de paradigma com relação a discussão de gênero, tanto em relação a diferenças de salários quanto a permanência em determinados postos de trabalho.

Assim, a proposta do presente texto faz análise da problemática da desigualdade gênero, com um estudo dos antecedentes históricos do firmamento do poder masculino sobre o feminino, utilizou de estudos de literatura, da área e afins, com metodologia bibliográfica, exploratória, analítica e descritiva, no período de 1989 a 2017.

1 | DIREITOS HUMANOS: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MOVIMENTO FEMINISTA

A importância e a amplitude dos Direitos Humanos fundam-se na exata perspectiva de sua conceituação. Segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 203) “[...] é tradição dogmática e doutrinária dedicar as páginas iniciais dos tratados e estudos terminológicos da expressão direitos humanos [...]”, seja para justificar uma tautologia, seja para tentar definir com coerência a base a ser conceituada ou por mero exercício acadêmico. Nesse sentido, os Direitos Humanos contemplam o historicismo e exprimem valoração que antecede o ordenamento jurídico.

Nesse passo, a temática perpassa pela conceituação e análise da dignidade humana. Os estudos sobre a dignidade foram iniciados por São Thomas de Aquino (*apud* VILLEY, 2014, p. 114), a partir dos pensamentos de Aristóteles (2016) sobre ética. Para a Filosofia moderna a dignidade possui relação com a concepção e com

a pessoa e, o que a distingue dos demais é a sua racionalidade. Assim, por meio da sua racionalidade, a pessoa passa a ser autônoma e responsável por seu destino, constituindo então um valor absoluto e um fim em si mesmo. (VILLEY, 2014, p. 114).

Os Direitos Humanos tiveram como marco inaugural a Revolução Francesa de 1789, com inspiração nas Revoluções americanas, sendo convalidados posteriormente por meio da Constituição Francesa, datada de 1791. No interregno entre a revolução e o seu firmamento positivando as dimensões de liberdade, igualdade e fraternidade. Paralelamente, em razão do não reconhecimento das mulheres como cidadãs, surgiram movimentos feministas como objetivo de promover a inclusão feminina na sociedade.

Em 1790, Mary Wollstonecraft inicia, na Inglaterra, o movimento feminista, por meio do documento “Reinvidicação dos Direitos das Mulheres” (TAYLOR, s/d), o qual fundamentava-se na escravidão doméstica da mulher e tinha como bandeira a defesa dos oprimidos. Na Inglaterra do século XVIII, as mulheres não frequentavam a escola, quiçá a universidade, ou mesmo lhes era permitido o desenvolvimento de qualquer atividade laboral remunerada, tornando a mulher sempre dependente do marido (WOLLSTONECRAFT, 2016).

Em 1791, Olympe de Gouges, tendo participado de forma vigorosa na queda da Bastilha, militava politicamente por meio do jornal que era proprietária, o *l'Impatient*, produzia intensivamente textos, panfletos, peças de teatro e artigos acerca da condição feminina (GOUGES, s/d). Seu jornal irradiava os anseios de liberdade e igualdade de forma radical, o que veio a desaguar em sua trágica morte. Em seus escritos defendia que a Declaração do Direitos do Homem (GOUGES, s/d) não se estendia a mulher; mas sim que o homem era o único a ter o direito à cidadania. Em contraponto ímpar, redige, a Declaração dos Direitos da Mulher, que em caráter inclusivo e igualitário insere no manifesto: “[...] Mulher nasce livre e permanece igual ao homem em direitos[...]” (WOLLSTONECRAFT, 2016, p. 10).

Sob o prisma da reinvidicação, Gouges, teve uma visão mais ampla que Wollstonecraft, reivindicando não só a igualdade, mas o direito a educação, a propriedade privada, ao voto, aos cargos públicos, ao reconhecimento dos filhos, e a herança. A diferença entre a visão de ambas se deve a origem familiar, sendo a origem de Gouges operária. (*apud* WOLLSTONECRAFT, 2016, p.10).

No Brasil, os historiadores (AGASSIZ, 1938, p. 102) reconhecem Dionísia Pinto Lisboa (1810-1885), que usava o pseudônimo Nísia Floresta, como a precursora dos movimentos feminista. Sua aproximação com os ideais ocorreu em razão de viagens frequentes a França onde conviveu de forma próxima a Auguste Comte (*apud* MORAES, s/d), sociólogo e fundador do positivismo jurídico, é considerado um defensor das causas feministas naquele País.

A primeira obra publicada de Nísia Floresta foi “Direitos das mulheres e a injustiça dos homens”, tratava-se de uma tradução do “Reinvidicação dos Direitos da Mulher”, obra considerada um marco para o feminismo no Brasil. Entretanto, é relacionada como uma tradução de “*Woman not Inferior to Man*”, publicada com o pseudônimo

“Sofia”, permanecendo a autoria desconhecida. Fundou, também, a primeira escola que equalizou os conteúdos femininos e masculinos, a Escola Augusto, situada em Porto Alegre, pois à época, o conteúdo para as meninas estava circunscrito a prendas domésticas. (CAMPOI, 2011).

A diferença de classe entre as feministas europeias e brasileiras, é que a brasileira pertencia à classe abastada e suas bandeiras não reverberavam na sociedade local tal qual as europeias. O Brasil imerso no patriarcalismo e culturalmente ainda muito distante da Europa, além de não oportunizar o recrutamento de mais mulheres para a luta pelos ideais feministas, estes ideais não constituíam os anseios das mulheres da época.

2 | DEMOCRACIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Os Estados conheceram na Idade Moderna, o refreamento de poder por meio de Constituições. Com instituição do Estado Liberal, influenciado por movimento constitucionalista, as Constituições se convalidaram em documentos formais e os quais tinham como missão de estruturar o poder político do Estado, particularizando forma e sistema de governo, divisão e funcionamento de órgãos, modelo econômico e limitações ao poder político por intermédio de direitos e garantias individuais. Sob a égide jurídica, tal movimento foi intitulado constitucionalismo.

Sob o prisma político, democracia está associada a governo do povo ou um governo que o povo exerce a soberania. É designada “[...] fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia. [...]” (CANOTILHO, 2003, p. 287).

A democracia pode ser analisada sob variadas dimensões, tanto de valores e princípios, inclusive com caráter normativo e de racionalização política. Segundo Canotilho:

[...] A interpretação do postulado essencial do princípio democrático de que “todo poder vem do povo” reconduzia-se a, na teoria clássica, à exigência da organização do estado segundo os princípios democráticos. Excepcionalmente, admitia-se que o postulado da organização democrática fosse extensivo aos partidos políticos em virtude da importância destes para a formação da vontade democrática. (CANOTILHO, 2003, p. 289)

Trata-se de uma interpretação do axioma essencial do princípio democrático como princípio formador do Estado e da sociedade. Como componente do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são essenciais para a concretização do princípio democrático, sendo interdependentes.

Neste contexto, o princípio que baliza mais fortemente a relação laboral de gêneros, é o da igualdade. Impende explorar a origem do princípio da igualdade, que embora seja atribuído como marco inaugural a Revolução Francesa de 1789, a luta pela igualdade tem berço na História do Estados Unidos da América. Surgido no movimento revolucionário e na Declaração de Independência, de 1776, se encontra assentado: “[...] *all men are created equal, that they are endowed by their Creator*

with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness (AVALON LAW, s/d) e no Bill of Rights (Virginia Declaration of Rights, s/d), do Estado da Virgínia, ao qual fora aprovado de forma apartada da Constituição.

O *Bill of Rights* é de autoria de George Mason e é o primeiro diploma legal a afirmar a igualdade como um princípio, e que integraria a Constitution of the Commonwealth of Massachussetts, que de forma universal determinou que “[...] *All men are born free ande qual, and have a certain natural and unalienable rights*” (*Massachusetts Constitution, s/d*) viria a ser reconhecido na *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*, de 1789. Passando a ser então reconhecido não só nos Estados Unidos da América, mas mundialmente.

Dentro do conceito comum de justiça, ressalta Sen que “[...] partindo dos princípios de justiça de John Rawls harmoniza-se com a compreensão de que as oportunidades devem estar abertas a todos [...] sem que ninguém fique excluído ou tolhido, por exemplo, por motivos de raça, casta ou religião [...]” (SEN, 2012, p. 106).

Os tratados mais relevantes na seara da igualdade são: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH, 1948), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CDHM, 1965), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, s/d), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais igualmente (ONUBR, s/d), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ONU, s/d), as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio das Convenções 100 (OIT, s/d), 111 (OIT, s/d) referente à Discriminação no Emprego e Profissão, e 156 (OIT, s/d) relativa a Igualdade de Oportunidades e Tratamentos para os de Trabalhadores de ambos os Sexos.

Aspecto relevante refere-se ao artigo 2º, do Tratado da União Europeia, que espelha em sua redação a amplitude da igualdade nos seguintes termos:

[...] A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos Direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade, e a igualdade entre homens e mulheres. (Tratado da União Europeia, s/d)

Importa ressaltar a relevância destes documentos internacionais e a origem dos conteúdos internalizados por meio da legislação atinente às mulheres e a evolução social brasileira no tratamento da mulher sob a perspectiva da igualdade. O Direito Internacional possui diversas regras protetivas que, segundo Lopes: “[...] impõe revogação de toda norma ordinária que seja compatível com os preceitos dos Direitos Humanos, dessa forma, impõe a eliminação de todos os obstáculos decorrentes de uma discriminação hierarquizada com relação ao gênero [...]” (LOPES, 2002, p. 232)

Com a promulgação da Carta da República (BRASIL, 1988), não só os equívocos legislativos vieram a ser abolidos, mas a ampliação do conceito da igualdade trouxe um novo equilíbrio ao arcaico sistema do Estado brasileiro.

Ao considerar que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) como a mais importante Carta de Direitos da história jurídico-política do Brasil, representa uma nova ordem constitucional, tendo surgido “[...] de mãos dadas com o regime democrático [...]” (FERREIRA FILHO, 1989, p. 947) pois sistematiza de forma inclusiva a proteção contra a discriminação, a Constituição está fundamentada na dignidade da pessoa humana e na plena realização da cidadania. (SARLET, 2012, p. 23), enumerando em sequência os direitos fundamentais precedendo as normas de organização do Estado (ROMITA, 2014, p. 102)

O Estado brasileiro tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. A igualdade figura “[...] entre os conceitos básicos da democracia. O princípio democrático sem igualdade não teria consistência [...]” (BONAVIDES, 2001, p. 208).

O princípio da igualdade interpretada como as duas faces de Jano, uma voltada para a igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei e nenhum cidadão pode ser discriminado (SILVA; STURMER, 2015, p. 148) e outra para a igualdade no sentido material, qualificado como sinônimo de igualdade de oportunidades isto é igualdade real em que a atuação do Estado e a concessão de direitos sociais a categorias de pessoas menos favorecidas, como os trabalhadores.

Segundo Tolentino “[...] os direitos sociais passaram a ser considerados pelo ordenamento constitucional brasileiro, de forma inédita, como autênticos direitos fundamentais [...]” (TOLENTINO, 2000, p. 51), estabelecendo que o Estado tem o dever de “[...] assegurar aos indivíduos prestações positivas, a fim de preservar o bem-estar e realizar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude [...]” (SAEZ, ALVARENGA, 1997, p. 127).

A Afirmação do direito da igualdade na Constituição brasileira (BRASIL, 1988) incorpora em seus objetivos fundamentais por meio do artigo 3º, IV, a igualdade perante lei, ninguém poderá ser discriminado em razão de origem, raça, sexo, cor, idade, sentido formal e no sentido material, outorgando direitos sociais aos menos favorecidos, incluídos no rol os trabalhadores rurais e urbanos.

3 I ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988 E A INFLUÊNCIA SOBRE O TRABALHO DA MULHER

A Afirmação do direito da igualdade na Constituição brasileira (BRASIL, 1988) incorpora em seus objetivos fundamentais por meio do artigo 3º, IV, em consonância com as normas de Direitos Humanos, dos quais é signatário desde a fundação das Organizações das Nações Unidas (ONU). Destaca-se que, as Constituições brasileiras anteriores não estendiam de forma objetiva os direitos sociais das mulheres.

A multiplicidade de direitos firmados no novo ordenamento jurídico por meio da

Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabeleceu novo padrão de gênero. Bobbio sob o prisma do Direito do Trabalho, que expressa dialética entre igualdade e desigualdade “[...] deve responder a duas questões: igualdade entre quem? e igualdade em que?” (BOBBIO, 2002, p. 12).

A assembleia constituinte brasileira, de 1988, funda novos paradigmas sobre a igualdade de gêneros, ressoando concretamente o primeiro Tratado Internacional sobre os Direitos Humanos das Mulheres (ONU, 1979), por meio da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra Mulher (ONU, 1981), o qual fora internalizado pelo Brasil, em 1981, com ressalvas em razão da vigência do Código Civil de 1916 (PIOVESAN, s/d), pois eram antagônicos. Perceptível tratar-se de documento que conta com apenas trinta e nove anos de vigência. Inseridas em uma sociedade pós Revolução industrial, com inúmeros ganhos e conquistas dos trabalhadores, onde se impede a exploração da mão de obra, o mundo e o Brasil se empenharam em construir uma aparência protetiva ao trabalho da mulher.

Conforme Bruschini e Lombardi (2000, p.323), que analisa o mercado de trabalho ao tempo da promulgação da Carta Constitucional (BRASIL, 1988):

[...] voltando a analisar as demais posições na ocupação dos trabalhadores, nota-se que a inserção das mulheres no mercado de trabalho brasileiro tem sido caracterizada através do tempo pela marca da precariedade que tem atingido uma importante parcela de trabalhadoras. Mesmo que os dados sinalizem um decréscimo relativo a esse contingente na década de 1990, ainda assim, em 1998, nada mesmo que 36% da força de trabalho feminina ou 10 milhões de mulheres situavam-se em nichos precários do mercado de trabalho, seja como trabalhadoras domésticas, seja realizando atividades não remuneradas ou trabalhos destinados ao consumo próprio ou do grupo familiar. (BRUSCHINI, LOMBARDI, 2000, p.323)

Logo existia a proteção, entretanto, em razão da precarização do trabalho feminino, que situado nas ocupações não contempladas por regulamentação, permaneciam à margem de todo o processo econômico e jurídico instituído.

A Carta da República (BRASIL, 1988), veio fundar novos preceitos, senão:

Art. 5º [...], I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; [...]

[...] Art. 7º, XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos; [...] XXX – proibição de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo; [...] XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias [...]

Art. 201 [...], III – seguro-maternidade; [...].

Art. 10 [...], II [...], b do ADCT [...] garantia de emprego; [...]

Os mencionados artigos têm como objetivo mitigar a discriminação e implantar no novo ordenamento o princípio da igualdade, dando a mulher um novo paradigma de plena capacidade. Fora necessário a revisão de legislação infraconstitucional, as quais confrontavam entre si. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943), foi revogada em alguns de seus artigos por meio da Lei 7.885 (BRASIL, 1989),

quais sejam:

[...] a autorização para interferência marital ou paterna no contrato de trabalho da mulher adulta, antigo artigo 446 da CLT, e grande parte do capítulo que tratava acerca da “proteção do trabalho da mulher”, isto é, dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de certos tipos de trabalho: antigos 374/375, 378 a 380 e 387 da CLT, por exemplo. [...] (DELGADO, 2002, p. 782)

As medidas empreendidas como forma de regulamentação, tais como a estabilidade após o parto, longe de proteger a mulher, cuida da concepção e nascituro. A garantia de empregos nessas hipóteses representa garantia da manutenção financeira da criança.

A discriminação entre homens e mulheres decorre unicamente para as atividades onde a força física seja requisito essencial e a maternidade. Esta última, ainda há reservas razoáveis, vez ser necessário uma análise cautelosa. Lopes analisa:

[...] Deve-se tomar cuidado ao subtrair da “natureza” a justificação para postulados jurídicos, principalmente porque o ser humano é uma mistura indissociável de biologia e cultura. A inferiorização da mulher sempre se apoiou em discursos pretensamente fundados na natureza. A medicina em muito contribuiu para legitimar tais discursos, apoiando-os em também pretensa “cientificidade”. [...] (LOPES, 2002, p. 420)

Modernamente, excluídas as hipóteses de riscos gestacionais, inexistente restrição laboral que seja capaz de incapacitar a mulher para o trabalho. A igualdade formal no acesso ao emprego e no trabalho foi atingida pela legislação infraconstitucional em 1943, firmando o princípio de igual trabalho, igual salário, princípio insculpido no artigo 5º da CLT. O Título III retorna ao tema ao tratar da proteção da mulher fazendo-o nos artigos 372 e 373-A, tanto no que diz respeito a proibição de discriminação como a igualdade formal as quais se referem às chamadas medidas de ação positiva.

O artigo 372 da CLT (BRASIL, 1943) determina que os preceitos que regulamentam o trabalho masculino são aplicáveis ao feminino, logo trata-se do princípio da igualdade pelo viés negativo, onde fica proibida a discriminação em função do gênero.

Algumas previsões estão enumeradas no artigo 373 da CLT (BRASIL, 1943) “[...] dispensam tratamento diferenciado à mulher a fim de evitar possíveis distorções no tratamento da mesma área laboral [...]” (SILVA: STURMER, 2015, p. 148), a fim de se evitar distorções que atingem o acesso da mulher ao mercado de trabalho, e enumera as seguintes proibições:

[...] I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente o exigir;

II-recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, cor ou situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível

III- considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão

profissional

IV- exigir atestado de gravidez ou exame na admissão ou permanência no emprego

V- impedir o acesso ou adotar, critérios subjetivos para o deferimento da inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI- proceder o empregador ou o preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias

Quanto ao parágrafo único, do mesmo artigo, é admissível a adoção de medidas temporárias visando o estabelecimento de políticas de igualdade entre homens e mulheres, destinadas a corrigir deficiências que atingem, o acesso ao emprego, formação profissional e as condições gerais de trabalho da mulher. A inteligência do artigo em questão é traduzir os dois sentidos distintos do princípio da igualdade: a formal e a igualdade de oportunidades.

O artigo 391 da CLT (BRASIL, 1943), prevê impedimentos para a dispensa arbitrária, proibindo: a dispensa por casamento, ou por gravidez. Segundo interpretação dos tribunais, a prática assim constitui discriminação. Segundo Manus:

[...] a trabalhadora que se encontra em estado gravídico pertence a uma “categoria suspeita”, assim considerado aquele grupo de trabalhadores cuja manutenção no emprego, ou o acesso a uma promoção, não é interessante ao empregador. Qualquer tratamento diferenciado e prejudicial contra integrante de um grupo(...) deve ser muito bem justificado pelo critério da proporcionalidade (necessidade, inexistência de outra alternativa e proporcionalidade em sentido estrito), sob pena de presunção de prática discriminatória. Em tais casos, o ônus da prova de que não houve prática discriminatória é do empregador. (MANUS; ROMAR, 2015, p.353)

Conclui-se que o arcabouço legislativo brasileiro proíbe as práticas discriminatórias e incorporou as medidas de ações afirmativas.

NOTAS FINAIS

Os paradigmas tradicionais do Estado e a conseqüente configuração dos direitos fundamentais que os acompanha, encontram-se ultrapassados, pois incapazes de oferecer respostas idôneas às demandas da sociedade.

Nesse sentido, tanto o Estado Liberal quanto às suas regras formais de direitos quanto ao Estado do Bem Estar Social, com proposta de materialização de direitos sociais, uniforme e burocrática, se mostram carentes em viabilizar o reconhecimento minoritários que se auto reconhecem por critérios de cor, raça, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero, e que demandam reconhecimento de sua diversidade ou que, de toda sorte, são colocados em condição de inferioridade, e por isso, precisam que o Estado empreenda políticas especiais e específicas para promoção da igualdade.

O Estado Democrático de Direito, então, se coloca como possível resposta às dificuldades não solucionadas pelos anteriores, já que toma a diversidade e a crise

como componentes normais da democracia, podendo oferecer resposta aos atuais problemas de fragmentação social, multiplicidade, vez que trabalha com a inquietude da democracia (vontade da maioria) e constitucionalismo (proteção às minorias), fundamental para conscientização do papel do Direito e dos Poderes Públicos na atualidade. Por outro vértice tem-se a questão de que mesmo possuindo a mesma ou maior escolaridade que o homem, as mulheres ainda recebem menos que os homens.

A Carta da República (BRASIL, 1988) e a CLT (BRASIL, 1943), dispõem de forma categórica a igualdade entre homens e mulheres, entretanto, perdura de forma sistemática entre nós, a diferença salarial de gênero no setor privado.

Neste prisma, a análise propõe novos estudos acerca da temática, sob os aspectos das relações sociais de trabalho em sua dinâmica de relações socioambientais e de mercado de trabalho, para a identificação, inclusive, dos custos para o desenvolvimento econômico da manutenção de tal desigualdade, tratando de movimento econômico reverso.

A relevância do tema pretende identificar os entraves para o cumprimento legal, o atingimento da igualdade no trabalho, conseqüente empoderamento feminino e o desenvolvimento sustentável. Percebe-se que, num mundo tão materialista, o empoderamento feminino poderá não só reverter, mas construir um respeito aos iguais, mesmo sendo essencialmente desiguais.

REFERÊNCIAS

AGASSIZ, Luiz, AGASSIZ Elizabeth Cary. **Viagem ao Brasil (1865-1866)**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martim Claret, 2016.

AVALON LAW. **The Federalist Papers: No. 3**. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed03.asp. Acesso em 08/12/2016.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **O Princípio da Igualdade como limitação a atuação do Estado**. São Paulo, Revista Brasileira de Direito Constitucional, Igualdade e Justiça, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 08/12/2018.

_____. Consolidação das Lei do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm, acesso em 09/12/2018.

_____. Consolidação das Lei do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm, acesso em 09/12/2018.

_____. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm, acesso em 09/12/2018.

_____. Lei 7.885/89. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm. Acesso em 09/12/2018.

_____. IBGE. **Estatísticas de Gênero. Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=downloads>, acesso em 09/12/2018.

_____. IBGE. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101622_informativo.pdf, acesso em 09/12/2018.

BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. **A bipolaridade do trabalho feminino no Brasil contemporâneo**. *Cad. Pesqui.* [online]. 2000, n.110, pp.67-104. ISSN 0100-1574. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742000000200003>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOI, Isabela Candeloro. **O livro “Direitos das mulheres e injustiça dos homens” de Nísia Floresta: literatura, mulheres e o Brasil do século XIX**. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-90742011000200010&script=sci_arttext, Acesso em 08/12/2018.

Constituição Francesa. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>, acesso em 10/12/2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

DUDH. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 09/12/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais**. São Paulo: Revista da Ordem dos Advogados, ano 49, 1989.

GOUGES, OLYMPE de. Disponível em <http://isonomia.uji.es/wp-content/uploads/2014/01/07.05-Olimpia-de-Gouges-Isonomia.pdf>, acesso em 19/12/2018.

_____. Disponível em <http://isonomia.uji.es/wp-content/uploads/2014/01/07.05-Olimpia-de-Gouges-Isonomia.pdf>. Acesso em 19/12/2018.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30398.pdf>. Acesso em 09/12/2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins. **Consolidação das Leis do Trabalho, com interpretação jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Massachusetts Constitution. Disponível em: <https://malegislature.gov/Laws/Constitution>. Acesso em 08/12/2018.

MORAES, Maria Lygia Quartim de. **Marxismo, Psicanálise e o Feminismo Brasileiro, Tomo II**. Disponível em https://www.ifch.unicamp.br/publicacoes/pf-publicacoes/filefield_paths/tomo-ii-traj-lygia_0.pdf. Acesso em 18/04/2018.

OIT. Convenção 100 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em 100 http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_100.html, acesso em 09/12/2018.

_____. Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho, disponível em http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_111.html, acesso em 09/12/2018.

_____. Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho, disponível em <https://www.ilo.org>.

org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm, acesso em 09/12/2018.

ONU. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em 09/12/2018.

_____. 1979: Convenção da ONU contra discriminação de mulheres. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1979-convenção-da-onu-contra-discriminação-de-mulheres/a-5033580>. Acesso em 09/12/2018.

ONUBR. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-biblioteca-digital-com-900-mil-documentos-a-disposicao-do-publico/> Acesso em 09/12/2018.
Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Economicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 09/12/2018.

PIOVESAN, Flávia. **A MULHER E O DEBATE SOBRE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_mulher_debate_dh_br.pdf. Acesso em 09/12/2018.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2014.

SAEZ, Maria Cecília Fontana; ALVARENGA, Luíza Baran de Mello. **Direito a Férias e Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo, Editora Ltr, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amarthya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2012.

SILVA, Elizabeth Leal da; STURMER, Gilberto. **Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher, Mediante incentivos específicos nos Termos da Lei**. São Paulo: LTr, 2015.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos, conceitos, significados e funções**, Saraiva, 2010.

TAYLOR, Barbara. **Feminists Versus Gallants: Manners and Morals in Enlightenment Britain**, disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/10809269.pdf> acesso em 09/12/2018.

Tratado da União Europeia. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 08/12/2018.

TOLENTINO, Daniel Henrique Ferreira. **A Figura do Piso Salarial Previsto no artigo 7º V da Constituição Federal e a Lei Complementar n. 103/00**. In *Direitos Constitucionais dos Trabalhadores e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo, Ltr, 2015.

VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Virginia Declaration of Rights. Approved June 12, 1776 (original draft written May 20, 1776). Disponível: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em 08/12/2018.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Trad. Mota, Ivania Pocinho. **Reivindicação dos Direitos das Mulheres**. São Paulo: Boitempo. 2016.

O CONTROLE DO USO DE REDES SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE TRABALHO

Vitor Casarini Ito

Universidade de Marília – UNIMAR. Mestrando do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Bolsista CAPES. Vinculado ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq
Marília – São Paulo

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Universidade de Marília – UNIMAR. Doutora em Educação pela UNESP/Marília e docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq.
Marília – São Paulo

RESUMO: O objetivo da presente pesquisa consiste em verificar a efetividade da regulamentação do uso das redes sociais como instrumento de trabalho, assim como a forma como a questão foi tratada pela reforma trabalhista 13.467/2017. Ressalta-se a importância da regulamentação do uso das redes sociais no ambiente de trabalho, pois partindo da premissa que estas tornaram-se ferramentas indispensáveis no dia a dia, e embora ainda existam pessoas a que consideram uma perda de tempo, acabam se rendendo ao seu uso e conectando-se a algum tipo de rede social, seja ela como ferramenta de trabalho ou para uso próprio. As

empresas cada vez mais têm utilizado redes sociais como instrumentos de trabalho, além de captar talentos, fortalecer sua marca e até mesmo para impulsionar as vendas por meio da divulgação de seus serviços e produtos. É importante analisar os possíveis benefícios e malefícios acarretados pela ausência de uma regulamentação do uso das redes sociais no ambiente de trabalho, já que sabemos que tanta empresa quanto funcionários fazem constante uso desta ferramenta. Por meio do método dedutivo e pesquisa teórica, o presente estudo se propõe a verificar a efetividade da atual legislação trabalhista no que diz respeito ao uso das redes sociais como instrumento de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Redes Sociais. Ambiente de Trabalho. Legislação.

THE CONTROL OF THE USE OF SOCIAL NETWORKS AS WORK INSTRUMENTS

ABSTRACT: The objective of the present research is to verify the effectiveness of the regulation of the use of social networks as a working tool, as well as the way the issue was treated by the labor reform 13,467 / 2017. The importance of regulating the use of social networks in the work environment is emphasized, since starting from the premise that these have

become indispensable tools in the day to day, and although there are still people whom they consider a waste of time, they surrender to the its use and connecting to some type of social network, be it as a work tool or for own use. Companies increasingly use social networks as tools of work, in addition to capturing talents, strengthening their brand and even to boost sales through the dissemination of their services and products. It is important to analyze the possible benefits and harms caused by the absence of regulation of the use of social networks in the work environment, since we know that both company and employees make constant use of this tool. Through the deductive method and theoretical research, the present study aims to verify the effectiveness of current labor legislation regarding the use of social networks as a working tool.

KEYWORDS: Social networks. Desktop. Legislation.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a internet e as redes sociais formam em conjunto uma ferramenta facilitadora na sociedade, além do mais, o Brasil figura entre os quatro países que mais acessam as redes sociais no mundo.

O trabalho no cenário atual do mercado é realizado num ambiente automatizado, informatizado e globalizado. Num ambiente sem fronteiras em que as novas tecnologias de comunicação e informação, o barateamento dos custos e a massificação do crédito banalizam o uso dos computadores pessoal e corporativo, e permitem a utilização corriqueira da internet e dos seus aplicativos, como o correio eletrônico e as redes sociais (Whatsapp, Facebook, Telegram, Skype, Plataforma Moodle), que constituem meios ágeis e eficientes de comunicação e relacionamento social.

Partindo desta premissa de que estamos dentro da era tecnológica, observamos a preocupação das empresas em relação ao uso das redes sociais como ferramentas de trabalho por seus funcionários durante e pós expediente.

Recentemente, nossa Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, recebeu as alterações da Lei nº 13.467, de 13 de Julho de 2017, a qual trouxe a tão polêmica “NOVA CLT”, no entanto, mesmo carregada de mudanças, foi inconsistente a regulamentação do uso da internet junto as redes sociais como ferramenta de trabalho.

É tendência mundial o crescimento da tecnologia junto ao litígio entre empregado e empregador devido a falta de uma regulamentação, a qual, neste trabalho, far-se uma análise geral e crítica do assunto, tanto quanto apresentar ideias de como as empresas podem aproveitar destas tecnologias e também a se blindar contra futuros problemas judiciais.

O USO DAS REDES SOCIAIS COMO INSTRUMENTOS DE TRABALHO E SEUS

DESAFIOS

Atualmente, nulas são as possibilidades de imaginar a o cotidiano da empresa sem as redes sociais, o que gera a necessidade da inserção e adaptação do nosso sistema jurídico as relações digitais.

A internet abrange meios de acesso à informação e de comunicação dificilmente imagináveis em períodos anteriores, a internet figura como ambiente virtual heterogêneo que transcende as fronteiras nacionais e, posto que descentralizado. (DEPIERI VIEGAS, 2017, p. 99)

No atual cenário econômico, a empresa tem a sua disposição via internet as redes sociais acelerando o cumprimento de metas, diminuindo custos e também diminuindo o tempo de resposta de funcionários a clientes. Fato é que o Direito do Trabalho parece sempre ter se adequado aos avanços tecnológicos do capitalismo. (DELGADO, 2004, p.126).

Destarte, partindo da premissa de que os avanços tecnológicos deveriam ser acompanhados pela nossa Consolidação das leis Trabalhistas – CLT, constata-se que mesmo com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, cuja justificativa era modernizar a relação laboral, regulamentou o teletrabalho mas permaneceu esta inerte a modificação de alguns pontos que tratassem do uso das Redes Sociais como ferramentas dentro e fora do ambiente de trabalho.

De acordo com o art. 75-B, da CLT, “considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. (BRASIL, 2017)

Embora a execução das atividades ocorra, de forma preponderante, fora do espaço empresarial, ainda assim é considerado como relação de emprego.

A definição do teletrabalho como vínculo de emprego decorre da flexibilização do conceito de subordinação. Originariamente, a subordinação se faz presente a partir da relação diretiva direta que ocorre, no espaço empresarial, entre empregado e empregador. Com a evolução dos meios tecnológicos e expansão dos meios de comunicação, tornou-se possível se submeter ao poder de direção do empregador sem a necessidade da presença física do empregado no espaço empresarial.

Afirma-se que, pelo fato de haver a flexibilização do conceito de subordinação, a forma contratual se faz necessária como medida promovedora de segurança jurídica às partes envolvidas na relação obrigacional, ou seja, não se trata de uma nova forma de explorar mão de obra humana, mas sim do surgimento de necessidades do mundo empresarial junto a Justiça do Trabalho.

Analisando nossa nova Consolidação das Leis do Trabalho observamos que as condições do teletrabalho são fixadas pelo contrato de trabalho, portanto entende-se que este ponto está regulamentado, mas ao mesmo tempo clara é a omissão referente ao uso das Redes Sociais como meio contínuo ao trabalho fora do ambiente

de trabalho, pois a ausência de regulamento de tais pontos deixa as empresas em situação vulnerável.

Em lógica decorrência dos fatos narrados as empresas encontram-se receosas, por conta de demandas judiciais de funcionários requerendo adicional de Hora Extra, ou solicitando a caracterização de Sobreaviso ou Prontidão por conta da utilização das redes sociais fora do expediente laboral.

O Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, possui um entendimento sobre parte da matéria, porém defasado em consonância com a tecnologia.

Súmula nº 428 do TST - SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

A ausência de lei, súmula ou jurisprudências específicas que tratem do assunto “Redes Sociais e a Jornada de Trabalho”, amedrontam as empresas, trazendo à tona uma dúvida em definir até que ponto as redes sociais são aliadas ou vilãs, além do mais, tentar projetar quais serão as mudanças necessárias a serem feitas para conseguir tirar o máximo de proveito destas ferramentas sem o caos do litígio.

CONCLUSÃO

Mudar é preciso, há pouco tempo, a tecnologia que era algo de outro mundo se torna hoje indispensável por facilitar tarefas, baratear custos, e além do mais, sintonizar a empresa com o novo mercado de trabalho, o qual origina-se de práticas ligadas a tecnologia, informática e conhecimento.

Assim sendo, verifica-se que o mesmo avanço tecnológico que hoje facilita a relação de trabalho e lhe dá uma flexibilidade antes inimaginável é o mesmo que promove o litígio entre o empregador e empregado, sendo indispensável a criação de uma política de prevenção, com finalidade de atender questões jurídicas decorrentes das evoluções tecnológicas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 26 de Abril. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. O mundo do trabalho na transição entre os séculos XX e XXI. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. **Direito do trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004, p. 126.

DEPIERI VIEGAS, Alessandra. **A atividade empresarial na nova era: Internet das coisas**. In: Anais do VIII Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL – UNIMAR, em 20 de outubro de 2017. ISSN 2179-0760, GT 1 – EMPRESA, DESENVOLVIMENTO E CIDADANIA, p. 98. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/Interinstitucional%202017/ANAIS/>>

GT%201%20-%20ANAIS%20FINALIZADO.pdf> Acesso em 25 de Abril. 2018.

SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428>. Acesso em: 26 abril. 2018.

A CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Natalia Siqueira da Silva
Fernando Batstuzo Gurgel Martins

KEYWORDS: Moral Harassment. Features. Legislation.

RESUMO: A alta competitividade no mercado de trabalho, as metas abusivas e o trabalho sob pressão constante, vem aumentando significativamente, o número de profissionais que desenvolveram algum tipo de transtorno psíquico ou emocional. Especificamente nas instituições financeiras, esse fato é facilmente identificado, e pessoas com capacidades excepcionais, vem gradativamente perdendo a vontade de estar no trabalho, ou conviver com seus colegas daquele ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral. Características. Legislação.

ABSTRACT: The high competitiveness in the labor market, the abusive goals and the work under constant pressure, has been increasing significantly, the number of professionals who have developed some type of psychic or emotional disorder. Specifically in financial institutions, this fact is easily identified, and people with exceptional abilities, are gradually losing the will to be at work, or to live with their colleagues in that environment.

1 | INTRODUÇÃO

O assédio moral não é um problema novo no âmbito trabalhista. Atualmente na Justiça do Trabalho é um dos maiores ensejadores de dano moral, porém somente indenizá-lo, não possibilita a reparação por completo do mal que ele pode causar no trabalhador.

São vários os danos causados nas vítimas do assédio, que podem ser tanto físicos quanto psicológicos, esse por sua vez, será o assunto mais aprofundado no presente trabalho.

A característica marcante do assédio moral é a reiteração de condutas abusivas, praticadas por um superior hierárquico com relação ao seu subordinado, um colega de trabalho com relação a outro do mesmo nível, ou em casos menos frequentes, de subordinado contra superior hierárquico.

As práticas abusivas, como expor a situações vexatórias ou afastar o assediado dos demais, podendo gerar no mesmo, transtornos psíquicos que o abalam de maneira avassaladora, podendo inclusive prejudicar seu convívio com os demais, com sua família, com a sociedade como um todo.

Tal problema é frequente e cada vez mais normal entre os trabalhadores, devido ao fato do ambiente de trabalho estar cada vez mais competitivo, e estressante, o que leva os gestores a comportamentos destrutivos com relação a seus subordinados, que por sua vez acabam adoecendo lentamente dentro da empresa.

Vale ressaltar que nem todas as vítimas de assédio moral são afetadas de maneira negativa por isso, as consequências dessa prática normalmente atingem pessoas mais vulneráveis emocionalmente, mais sensíveis, ou que de alguma forma se abalam com esse tipo de atitude, constante e perversa.

Por essas razões é que o presente trabalho aborda a caracterização do assédio moral, as espécies, os sujeitos, as condutas, e pretende mostrar a gravidade dessa prática tão comum e a necessidade de reparação de dano. Vale ressaltar ainda a insuficiência de norma federal para proteger o trabalhador, especialmente o da iniciativa privada, que no cenário atual é o mais desamparado.

2 | ASSÉDIO MORAL

O assédio moral se trata de todo tipo de conduta que, realizada reiteradamente, causa algum tipo de dano psíquico em quem o sofre, afetando diretamente sua personalidade, emoções e comportamento.

2.1 Conceito

O assédio moral se faz presente no cotidiano de muitos trabalhadores, e tem se tornado prática comum, em diversos ramos empresariais. Qualquer trabalhador, nos mais variados cargos, pode ser vítima de condutas assediantes.

Fazendo um desmembramento terminológico, Sérgio Martins Pinto (2012, p. 12) explica que:

Assediar é importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir com insistência inoportuna. Implica cerco, insistência. Assédio quer dizer cerco, limitação, humilhar até quebrar a sua força, quebrar sua vontade. Assédio é a insistência impertinente feia por uma pessoa em relação a outra. A insistência é feita de forma a abalar a moral da pessoa

Ao passo que moral é o conjunto de regras delimitadas pela sociedade, visando pacificar o convívio entre os seus membros, constituindo em tudo aquilo que é aceitável, comportamentos razoáveis com relação ao próximo e uma conduta correta com relação aos demais.

Conforme Otaviano Pereira (2004, p. 11), “(...) moral é tudo aquilo (ato, comportamento, fato, acontecimento) que realiza o homem, que o enraíza em si mesmo e por ele e para ele, ganha sentido humano”. O que se espera com relação ao convívio social, são atitudes que atentem a ética, a moralidade, condutas que tornem o ambiente de trabalho saudável, em que as pessoas sejam tratadas com respeito e

dignidade.

Logo, entende-se por assédio moral como uma perseguição contra alguém, realizada de maneira contínua, sem pudor algum, atentando contra a moralidade de quem a sofre e revelando uma conduta reprovável do assediador, ferindo os preceitos e regras que regem a vida em sociedade.

No âmbito trabalhista, pode-se conceituar o assédio moral pela prática reiterada de condutas, de determinada pessoa com relação à outra, no ambiente de trabalho, que, submete a vítima a constantes situações de humilhação, perseguição ou até mesmo situações vexatórias publicamente. De acordo Sérgio Martins Pinto (2012, p.17):

O assédio moral é a conduta ilícita do empregador ou seus prepostos, por ação ou omissão, por dolo ou por culpa, de forma repetitiva e geralmente prolongada, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e a integridade do trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém. O trabalhador fica exposto a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

Tais condutas abusivas atentam contra a dignidade e integridade física ou psíquica dos trabalhadores, vítima do assédio, que são expostos a situações humilhantes e constrangedoras diariamente.

Portanto, não paira dúvida de que o assédio moral ofende a dignidade do trabalhador, agredindo seus direitos de personalidade, como a integridade física e moral, intimidade e privacidade, afastando a vítima do emprego, o que pode se transformar em problema social gerado pelo desemprego forçado. Assim, trata-se de conduta contrária à moral e ao próprio ordenamento jurídico constitucional, que defende e protege a dignidade humana e os direitos de personalidade. (ALKIMIN, 2005, p. 38).

A grande maioria dos trabalhadores se sujeita e enfrenta em silêncio tais condutas assediadoras. O principal motivo é o receio de perder o emprego, desamparar sua família, não poder realizar seus objetivos, e não ter condições de conseguir um novo emprego. O grande número de desemprego no país faz com que o empregado prefira viver em tal situação, a denunciar o abuso, ou deixar o seu posto de trabalho e buscar amparo judicial.

2.2 Sujeitos e Características

O assédio moral tem como características principais os sujeitos do assédio, dividindo-se em sujeito ativo (assediador), que pode ser o chefe, gerente direto, dono da empresa, e o sujeito passivo (assediado), a vítima; a conduta do assediador, a reiteração dessas condutas e a intenção da prática.

A caracterização do assédio moral, se dá principalmente na reiteração da conduta, de acordo com Martins, (2012, p. 20) 'a constância do assédio moral não está vinculada a um período exato, pois pode ser diária, semanal, quinzenal. Vai depender de cada caso a ser examinado'.

A prática do assédio também deve ser intencional, ou seja, o assediador tem consciência dos atos que pratica, e os faz com algum objetivo específico que almeja conseguir, com relação ao assediado.

Não se fala no prejuízo causado, ou doenças psíquicas desencadeadas pela prática como elementos fundamentais para a caracterização do assédio, uma vez que, pode não haver algum tipo de prejuízo ou dano ao assediado, e também o mesmo não desenvolver algum tipo de transtorno, devido ao fato de que, cada pessoa reage de uma determinada maneira ao assédio sofrido.

3 | ESPÉCIES DE ASSÉDIO MORAL

No âmbito trabalhista, existem três formas de ocorrer o assédio moral. Passamos a analisar de maneira sucinta cada uma delas.

3.1 Assédio moral Vertical Descendente

O assédio moral vertical descendente é caracterizado pela conduta assediante por parte do empregador, diretor, gestor, aquele que detém superioridade hierárquica. Essa modalidade é a mais comum no âmbito de trabalho, uma vez que o empregado assediado tem no seu trabalho, sua fonte de subsistência, e por esse motivo acaba por aceitar condutas assediantes dia após dia.

Na grande maioria das vezes, esse comportamento por parte dos gestores diretos, é fruto de uma gestão sob pressão, quando o superior hierárquico destes, impõe grandes metas, muitas vezes abusivas, o que acaba gerando uma visão do trabalhador como um meio de atingir os lucros desejados, deixando de o ver como pessoa humana, e acaba tratando-o como máquina.

3.2 Assédio Moral Vertical Ascendente

O assédio moral vertical ascendente é caracterizado pelo fato das condutas assediantes, serem praticadas pelo subordinado contra o seu superior hierárquico. Tal conduta pode ser praticada por um subordinado, ou um grupo deles. Tal atitude ocorre com menos frequência, do que o descendente, que é uma modalidade comum.

Embora incomum, recentemente a revista online Consultor Jurídico de 9 de abril de 2017, publicou uma decisão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES), que condenou uma fábrica de alimentos a indenizar uma supervisora que sofria assédio de suas subordinadas em R\$ 30 mil à título de danos morais.

No caso em questão a vítima foi promovida as subordinadas não aceitavam sua nova posição na empresa, e passaram a assediar a mesma questionando suas decisões, criticando seu trabalho, seu modo de vestir, entre outras coisas que a

expuseram em situações humilhantes.

A condenação foi embasada pelo fato da gerente do setor sabendo dos fatos, se omitir e não tomar nenhuma providência a respeito, inclusive sugeriu para amenizar o problema, que o nome do cargo da vítima fosse mudado de 'supervisora' para 'especialista', o que deixou claro que a mesma consentiu com o assédio, uma vez que não tomou nenhuma providência eficaz para que aquele setor fosse um meio ambiente de trabalho saudável e amistoso.

3.3 Assédio Moral Horizontal

Atualmente a competitividade no ambiente de trabalho está cada vez mais acirrada. Esse tipo de competição por reconhecimento, promoções, ou simplesmente inveja do trabalho do outro, aumentam ainda mais a rivalidade dos colaboradores dentro da empresa, o simples fato do aumento de produção, gera problemas entre as pessoas no ambiente. Esse tipo de comportamento ocorre com o consentimento tácito do empregador, que na maioria das vezes não se posiciona para cessar a agressão.

3.4 Assédio Moral Misto

O assédio moral misto é aquele que, obrigatoriamente, necessita de ao menos três pessoas: o assediador vertical, o assediador horizontal e o agredido, os casos desse tipo de assédio são raros.

4 | ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No ambiente de trabalho, o assédio moral se faz presente no dia a dia, das mais variadas empresas, tanto de empresas públicas quanto privadas. O objetivo que a conduta assediante almeja alcançar é específico, e o assediante utiliza de métodos variados para alcança-los.

4.1 Objetivos do Assédio

O assediador pretende com suas condutas desestabilizar psicologicamente o assediado e destruir sua autoestima dentro do âmbito de trabalho. Vários podem ser os motivos de tais práticas, como ciúmes, inveja da vítima pelo que ela é vez que, podem ser mais populares, mais queridas dentro da empresa, medo de perder seu cargo para aquele que se encontra em posição mais baixa que ele, ou buscando que a vítima peça demissão do trabalho para então não precisar pagar multa rescisória do FGTS, do trabalhador.

A organização rígida e a gestão perversa na organização do trabalho levam ao

assédio moral, haja vista que deliberadamente degradam o ambiente de trabalho, porque tendem a introduzir no ambiente de trabalho atitudes abusivas através do exercício do poder de direção do empregador, além de atitudes humilhantes em relação aos empregados que se tornam indesejados, notadamente, aqueles que não se adaptam às reestruturações, medidas flexibilizadoras, e que não conseguem atingir as metas de produtividade, enfim, não apresentam o perfil flexível do trabalhador moderno, tornando-se o assédio moral um mecanismo de pressão psicológica para forçar a exclusão sem os custos com a demissão sem justa causa. (ALKIMIN, 2008, p. 70).

Algumas pessoas que exercem cargos de liderança, podem não ter um objetivo específico, ao praticar condutas assediante. Pode se tratar de um desvio de personalidade, uma característica de tal pessoa. Muitas vezes a sensação de ‘mandar’ em alguém faz com que algumas atitudes sejam exacerbadas, desnecessárias para determinada ocasião, mas o assediante pode ter uma necessidade de demonstrar autoridade, independentemente de ter razão ou não, e trata o assediado como perversidade e rispidez demasiada.

4.2 Métodos do Assédio Moral

Existem diversas condutas que, se realizadas de maneira frequente, podem levar ao assédio moral. Vale a ressalva de que em alguns casos as condutas não são realizadas com objetivo de agredir psicologicamente a outrem, pois algumas vezes o estresse do dia-a-dia pode levar a determinadas situações de conflito que não caracterizam o assédio moral.

Há várias formas de manifestação do assédio moral com o objetivo de vexar, constranger, inferiorizar e humilhar a vítima, que vão desde comportamentos e atitudes concretas como, por exemplo, tratar com rigor excessivo, atribuir tarefas inúteis, degradantes ou superiores à capacidade intelectual ou física do empregado, rebaixamento funcional, invasão da privacidade e intimidade, divulgando questões pessoais ou sujeitando o empregado a revistas e controles exagerados, injúrias, calúnias, críticas, ironias, humilhações e discriminações reiteradas em público, inatividade forçada, agressão verbal ou física etc., até falta de comunicação (conduta omissiva) no intuito de isolar a vítima e afastá-la da organização do trabalho, ou comunicação não-verbal e gestos (suspiros, olhar e ignorar a presença da vítima, erguer de ombros, mímicas, risinhos etc.). (ALKIMIN, 2008, p. 71)

Marie-France Hirigoyen (2002, p.108-109) elenca em sua obra, uma lista de atitudes hostis que podem ser praticadas, agrupadas em quatro categorias, iniciando com as mais comuns e evidentes, até as de mais difícil constatação:

4.2.1 Deterioração proposital das condições de trabalho:

- Retirar a autonomia da vítima;
- Não lhe transmitir as informações úteis para a realização das suas tarefas;

- Induzir a vítima ao erro;
- Privá-lo do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, computador;
- Criticar seu trabalho de maneira injusta;
- Dar-lhe permanentemente novas tarefas;
- Agir de modo a impedir que a vítima obtenha uma promoção;
- Causar danos em seu local de trabalho;
- Atribuir à vítima, tarefas incompatíveis com sua atividade.

4.2.2 Isolamento e recusa de comunicação:

- A vítima é constantemente interrompida;
- Superiores hierárquicos ou colegas de trabalho não conversam com ela;
- Recusam todo tipo de contato com ela, até mesmo visual;
- Ignoram a sua presença, dirigindo-se apenas aos outros.

4.2.3 Atentando contra a dignidade:

- Utilizam insinuações desdenhosas para qualifica-la;
- Fazem gestos de desprezo diante da vítima (suspiros, olhares...);
- É desacreditada diante dos colegas, superiores ou subordinados;
- Espalham rumores a seu respeito;
- Atribuem-lhe problemas psicológicos;
- Criticam sua vida particular;
- Atribuem-lhe tarefas humilhantes;
- Zombam de suas características físicas.

4.2.4 Violência verbal, física ou sexual:

- Ameaças de violência física;
- Falam com a vítima aos gritos;
- Invadem sua vida privada com ligações ou mensagens;
- É assediada ou agredida sexualmente (insinuações e propostas);
- Não levam em conta seus problemas de saúde.

Podemos analisar que o assédio começa de forma branda, com atitudes que

podem ser vistas como algo cotidiano dentro do trabalho, e a pessoa que pessoa por isso pode não perceber que está sendo perseguida no seu trabalho. Porém quando praticadas de maneira reiterada, e o assediador tiver o objetivo de prejudicar ou afastar a vítima da empresa, as atitudes perversas passam a ser mais hostis e humilhantes, podendo chegar até a violência de fato.

5 | A VÍTIMA DO ASSÉDIO

A vítima do assédio de alguma forma gera um incômodo ao agressor, alguma característica sua a faz ter um diferencial que provoca um sentimento negativo naquele que a persegue. A vítima normalmente é uma pessoa que se destaca em relação aos demais, seja pelo carisma, conduta ética, capacidade de liderar ou pelo fato de serem pessoas dispostas, ou serem mais sensíveis do que os outros, não existindo um requisito pré-estabelecido, podendo ainda serem vítimas por algum tipo de discriminação por ser mulher, homossexual dentre outros.

A vítima do assédio moral pode ser: (a) tímida; (b) ter grau de escolaridade maior do que os outros funcionários da empresa; (c) sensível, com grau de sensibilidade maior do que os outros; (d) medrosa, tem medo de perder o emprego, do chefe, de errar; ou (e) servil. (SERGIO MARTINS PINTO (2012, p.38).

Não existe a possibilidade de distinguir um padrão específico para as vítimas, uma vez que se sentir assediado por alguém é algo muito subjetivo, ou seja, algumas condutas podem ser normais para algumas pessoas, e em contra partida, para outras, as mesmas podem ser algo que as incomodam, constrangem, afetam de alguma maneira seu psicológico no trabalho ou vida pessoal. Algumas pessoas são mais sensíveis do que outras, e uma mesma agressão pode surtir efeitos diferentes, dependendo quem as sofre.

O certo é que não existe um perfil psicológico padrão para os assediados, mas existem, incontestavelmente, contextos profissionais em que os procedimentos de assédio moral podem ser desenvolvidos livremente. Não são apenas os meios nos quais prevalecem um intenso nível de estresse ou má organização, mas, sobretudo, as práticas de gestão pouco claras, ou mesmo “perversas”, que se constituem em uma autorização implícita aos comportamentos perversos individuais dos responsáveis da estrutura organizacional. (TROMBETA E ZANELLI, 2010, p.102).

O assediador busca de alguma forma, afastar a vítima do trabalho, sem que ele faça algo específico para isso, como uma demissão, por exemplo. Suas condutas almejam que o pedido de demissão parta daquele que está sendo assediado. O Objetivo como vimos anteriormente, podem ser para afastá-lo dos colegas de trabalho, inventando algo sobre a sua vida particular ou criando situações para que o mesmo não seja uma pessoa querida e respeitada pela equipe de modo geral.

6 | ASSÉDIO MORAL E DANO MORAL

O assédio é uma conduta que praticada de maneira reiterada, pode gerar um dano em quem a sofre. O ato ilícito do empregador, ao praticar condutas assediantes, gera o efeito de reparação do dano, indenização em relação ao dano a saúde mental do trabalhador. Segundo Maria Aparecida Alkimin (2005, p.110):

Assim a expressão 'dano' não se limita à diminuição, a perda ou prejuízo material ou patrimonial, pois, no caso do assédio moral, o dano sofrido pela vítima é mais amplo, gera prejuízos à profissionalização do trabalhador (perda de chances de progresso na carreira e consequente elevação salarial), à sua saúde física e psíquica, à personalidade, bem como à dignidade moral, atingindo em primeiro plano o "patrimônio moral" do trabalhador, sem afastar a repercussão na esfera patrimonial da vítima.

No mesmo sentido Luciana Santonucci (2006, p.71), nos elucida:

A tortura psicológica, destinada a golpear a autoestima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar a sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade do empregado. (SANTUCCI, 2006, p.71).

O assédio moral fere a dignidade da pessoa humana, degrada suas emoções e podem gerar transtornos psíquicos que deverão ser tratados, o mesmo necessita de reparação de tais danos, devendo ser indenizado, por quantia justa, não para enriquecimento da vítima, mas sim para punir o assediante, e tentar minimizar o sofrimento, ao qual o trabalhador foi submetido.

Nossa carta magna preceitua em seu texto tal fato no art 5º, incisos V e X, onde prevê a indenização por dano material e moral:

Art 5º - V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ainda embasado na legislação a competência para julgar esse tipo de caso, está previsto na Emenda Constitucional 45, art. 114 inciso VI: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

7 | LEGISLAÇÃO SOBRE ASSÉDIO MORAL

Os artigos 170 e 193, da Constituição Federal, enfatiza o valor do trabalho,

como demonstrado: 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 social.

Tais princípios estabelecidos pela nossa Constituição Federal são constantemente violados nas empresas, prova disso é a grande quantidade de casos de assédio moral, que fere de maneira direta o bem estar do indivíduo e não promove um trabalho digno e valorizado pelos superiores hierárquicos.

No Brasil ainda inexistente uma lei federal que combata a violência moral nas empresas, o que se encontram são algumas leis estaduais, e municipais, que se limitam a proteção do funcionário público, nada sendo tratado quanto aos trabalhadores da iniciativa privada.

8 | CONCLUSÃO

O assédio moral é uma realidade do ambiente de trabalho, cada vez mais presente, com maior número de vítimas à cada dia. O fato decorre de inúmeros fatores, podendo destacar, a inveja e ciúmes que algumas pessoas desenvolvem em relação a outrem, que pode ser subordinado, ou colega de trabalho de mesmo nível hierárquico.

Ele é caracterizado por condutas perversas e humilhantes, praticadas de maneira reiterada, contra alguém, cujo objetivo é afastar o mesmo do convívio com os demais colegas, e o fazer sair da empresa por vontade própria.

O medo de perder o trabalho, o único meio de conseguir os recursos necessários para subsistência, e o receio de não conseguir outro trabalho, frente a crise econômica do país, os trabalhadores se submetem a pressões psicológicas, de maneira reintegrada no ambiente que, deveria ser saudável, sem tomar nenhuma atitude, para repelir tal agressão, uma vez que normalmente é a parte mais fraca da relação de emprego que é submetida a isso, não tendo força para repelir.

As vítimas sofrem caladas, passam por situações humilhantes e perseguições contínuas, que podem ser demonstradas de várias formas, como abordado no trabalho em questão. A perversidade da conduta assediante, gera na vítima, um abalo emocional, que desencadeiam doenças psíquicas, que geram um sentimento de medo e impotência. Não são todas as pessoas que reagem de maneira parecida, frente ao assédio moral, normalmente são pessoas mais sensíveis, que possuem alguma característica que a destaquem das demais, e acaba por incomodar seu superior.

O fato é que a competitividade do mercado de trabalho e constante pressão para cumprimento de metas fazem os gestores e companheiros de trabalho, agirem de forma perversa uns com os outros, e torna o ambiente de trabalho um local de disputa, e não mais um ambiente saudável como deveria ser,

Fato é que o dano psíquico consequência do assédio moral, deve de alguma forma ser reparado, um meio para punir as empresas e gestores coniventes com tal perversidade, e também de algum modo amenizar tamanho dissabor na vida do trabalhador, que na maioria das vezes enfrenta dia-a-dia por medo de perder o seu emprego.

Entretanto a legislação brasileira ainda não possui de maneira adequada definição e punição contra o assédio moral. Não existe uma legislação unificada, apenas algumas leis estaduais e municipais, que abrangem somente os funcionários públicos.

O ideal é que as próprias empresas tomem atitudes, instituindo políticas preventivas contra o assédio moral nas empresas, uma vez que o ônus de arcar com um processo judicial e ser condenada a pagar indenização por danos morais é muito mais gravoso, e improdutivo, do que tentar tornar a cada dia, sua empresa um ambiente saudável para se trabalhar.

Podemos destacar que um funcionário motivado, que se sinta bem onde trabalha, produz e rende muito mais do que um funcionário submetido à pressão psicológica constante e tratamento degradante, a maior produtividade não é alcançada por meio do assédio e sim por meio de relações saudáveis no ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho**: redefinindo o assédio moral. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LIMA, João Paulo Maia. **O Abalo psicológico decorrente do assédio moral suportado pelo empregado na relação de emprego**: um dano moral indenizável. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-abalo-psicol%C3%B3gico-decorrente-do-ass%C3%A9dio-moral-suportado-pelo-empregado-na-rela%C3%A7%C3%A3o-de-empr>. Acesso em 19 abril 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego**. São Paulo: Atlas, 2012.

Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2017-abr-09/empresa-indenizar-chefe-ridicularizada-duas-subordinadas>> Acesso em 30 de Abril de 2017.

RODRIGUES, Fabiana Cassemiro. **Dano psíquico como consequência do assédio moral**. Presidente Prudente, 2010. 65 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

SANTUCCI, Luciana. **Assédio moral no trabalho**. Belo Horizonte: Leeditathi, 2006. (Coleção temas atuais).

SILVA, Tiago Henrique Gomes. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: Universidade Salesiana de São Paulo, 2011. Disponível em < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6980> Acesso em 20 de Abril de 2017.

TROMBETA, T.; ZANELLI, J.C. **Características do assédio moral**. Curitiba: Juruá, 2010.

VADE Mecum. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZANETI, Robson. **Dano moral e assédio moral na Justiça do Trabalho são a mesma coisa?**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5179> Acesso em 25 abril de 2017.

O TRABALHO ESCRAVO NA ATIVIDADE AGRÁRIA DO ESTADO DO PARÁ: QUAIS OS MEIOS QUE O ESTADO UTILIZA NO COMBATE A ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

Fernando Henrique Silva de Assis

Faculdade Ideal – FACI/Wyden

Belém – Pará

Fernando de Jesus de Castro

Lobato Júnior

Faculdade Ideal – FACI/Wyden

Belém – Pará

RESUMO: Estudo que objetiva analisar o trabalho escravo moderno, bem como qual a caracterização jurídica e como o Estado por meio de seus entes e órgãos responsáveis buscam forças para vencer os desafios geográficos e sociais para combater e reprimir visando erradicar o trabalho escravo. Adotou-se o método de abordagem dedutivo e como método de procedimento a pesquisa bibliográfica exploratória e documental. A análise de dados se deu de forma qualitativa. Conclui-se que ainda há uma grande incidência de trabalho escravo no Brasil, especialmente na zona rural do Pará, em decorrência da desigualdade social, falta de instrução, questões agrárias e a impunidade. As políticas públicas adotadas são ineficientes, por isso são necessárias medidas para inclusão social a fim de prevenir o aliciamento dos trabalhadores. Na atuação repressiva a atuação do direito penal é indispensável.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho escravo.

Atividade agrária. Zona Rural. Pará.

ABSTRACT: A study that aims to analyze modern slave labor, as well as how the legal characterization and how the State through its responsible bodies and agencies seek forces to overcome the geographic and social challenges to combat and repress in order to eradicate slave labor. We adopted the method of deductive approach and as method of procedure the bibliographic exploratory and documentary research. Data analysis was qualitative. It is concluded that there is still a high incidence of slave labor in Brazil, especially in rural Pará, due to social inequality, lack of education, agrarian issues and impunity. The public policies adopted are inefficient, so measures for social inclusion are necessary to prevent the grooming of workers. In repressive action, criminal law is indispensable.

KEYWORDS: Slave labor. Agricultural activity. Countryside. Pará.

1 | INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem o propósito de estudar o tema trabalho escravo na atividade agrária do Estado do Pará através de duas perspectivas: analisar as causas que levam a atividade agrária a situação de escravidão e analisar os

meios que o Estado utiliza para a erradicação do trabalho forçado rural no Pará.

Com isso, o trabalho que aqui se inicia tem como objetivo apresentar a realidade da zona rural do estado do Pará. Além disso tem como objetivos específicos: analisar como o Estado e seus entes agem no combate e erradicação destes trabalhos no estado e quais são as condutas praticadas com ações voltadas no campo social, educacional e repressor; exprimir críticas aos meios utilizados pelo estado na erradicação do trabalho escravo.

Esta pesquisa é relevante para demonstrar que os meios empregados no combate a esse crime ainda não são o suficiente para erradicar o trabalho escravo, contribuindo social e juridicamente na busca de soluções que garantam os direitos constitucionais dos trabalhadores.

O método utilizado para a abordagem nessa pesquisa, de acordo com seus objetivos é o dedutivo e o método de procedimento usado foi a pesquisa bibliográfica exploratória e documental, onde foram analisados dados retirados do observatório digital do trabalho escravo de iniciativa do ministério público do trabalho e da OIT – organização internacional do trabalho, publicações periódicas de jornais e livros acerca do tema.

A análise de dados foi feita de forma qualitativa constituída pelo exame de dados obtidos em materiais de órgãos fiscalizadores, documentos coletados em *Websites* e periódicos.

2 | DIREITO FUNDAMENTAL: TRABALHO DIGNO

O que seria trabalho digno? Para Barzotto (2007) trabalho digno é o que promove a dignidade da pessoa humana trabalhadora.

O trabalho está vinculado a dignidade humana de forma inalienável porque através dele o homem faz uso das riquezas da terra e aperfeiçoa a sua personalidade.

Para se falar em trabalho digno, precisamos falar em direitos fundamentais que são comumente utilizados como sinônimo de direitos humanos. Quanto a essa questão não existe consenso doutrinário e sobre isso Sarlet (2010, p. 29) fala:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam inequívoco caráter supranacional (internacional).

Segundo Sarlet (2012), o surgimento dos direitos fundamentais não possui uma origem determinada, mas o seu reconhecimento foi diretamente influenciado pela revolução francesa com seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como

pelas revoluções inglesa e americana.

Os primeiros direitos englobavam os direitos de liberdade, os direitos civis e políticos e foram denominados de direitos de primeira geração preconizados pelo pensamento liberal-burguês, são considerados direitos de defesa, com caráter negativo em oposição ao Estado que era tido como opressor. (SARLET, 2012)

Em seguida, foram reconhecidos os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo considerados direitos de segunda geração, esses são direitos positivos que exigem uma ação do estado, concedendo ao indivíduo o direito a prestações estatais sociais. São tidos como direitos prestacionais e neles estão incluídos o direito ao trabalho. (SARLET, 2012)

Por fim reconheceu-se a existência de outros direitos, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade, direitos da terceira geração, são direitos destinados a coletividade. (SARLET, 2012)

A declaração universal dos direitos humanos, aprovada em 1948, na França, pela assembleia das Nações Unidas, foi o mais importante instrumento internacional a respeito dos direitos humanos. (BRITO FILHO, 2016)

Nessa declaração, encontramos disposições que compõem o mínimo de direitos aos trabalhadores, como a liberdade na escolha do emprego, proteção contra o desemprego, igualdade na remuneração e a remuneração justa, bem como, o direito de organização dos sindicatos para proteção dos seus interesses. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2009)

O surgimento dos direitos de primeira, segunda e terceira geração ao longo dos anos, foi marcado por movimentos reivindicatórios e guerras. As atrocidades cometidas resultaram numa feição nova do direito constitucional, foram adotados textos voltados para o valor da dignidade.

Segundo Comparato (2008), mais especificamente nos direitos trabalhistas, cabe destaque a constituição mexicana de 1917 que trouxe no seu bojo prescrições relativas a criação de emprego, questões sobre a jornada de trabalho e limitação de idade para trabalhar. Para muitos doutrinadores, esses dispositivos foram considerados como inauguradores do direito constitucional do trabalho.

Também é importante destacar, a constituição alemã de Weimar de 1919, que assim como a mexicana, previu em seu texto todas as convenções aprovadas pela recém-criada Organização internacional do trabalho (OIT).

No Brasil, as transformações que aconteciam na Europa após a primeira guerra mundial e os consequentes movimentos operários por parte dos imigrantes que reivindicavam melhores condições de trabalho, incentivaram a criação de normas trabalhistas.

Em 1930 Getúlio Vargas assumiu o comando da nação e lançou uma ideia política de valorização do trabalho. Nessa época, a criação da carteira profissional através do decreto nº 21.175/32 foi o grande e importante passo para o início da dignificação do trabalho. O governo varguista tinha a preocupação de modificar as relações de

trabalho adotando medidas que assegurassem o trabalhador. No período de 1930 a 1937, foi implantado um programa que contemplava seguros contra a invalidez, doença, morte, acidentes de trabalho, bem como o seguro maternidade.

A constituição de 1934 também foi um marco histórico nesse processo de valorização do trabalho, sendo a primeira constituição brasileira a tratar do direito do trabalho, assegurando a autonomia dos sindicatos de trabalhadores e regularizando a legislação trabalhista, promovia a isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas.

Já na carta magna de 1937, o trabalho passa a ser considerado não somente um direito, mas um dever social protegido pelo estado.

Isso foi um estímulo ao avanço da legislação, ensejando a promulgação da consolidação das leis trabalhistas (CLT) em 1943, trazendo a reunião de decretos legislativos e convenções da OIT com o objetivo de dar maior proteção aos trabalhadores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais passaram a ser previstos de forma mais analítica, detalhada e organizada. (NEVES, 2012)

No seu art. 1º, IV a CF/88 estabelece como um dos fundamentos do estado democrático de direito: “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (BRASIL, Constituição de 1988, 2016, p.11)

O direito ao trabalho está previsto no art. 6º da CF/88: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho [...]”. (BRASIL, Constituição de 1988, 2016, p.18)

Os direitos fundamentais como visto anteriormente, surgiram ao longo da história com o objetivo de garantir os interesses do cidadão perante o estado, em decorrência da divergência de poder entre eles. Nesse primeiro momento, vigorava apenas a eficácia vertical dos direitos fundamentais, que é a regulação das normas nas relações entre um poder superior representado pelo estado e um inferior. Prevalencia a abstenção do estado nas relações particulares, o que logo mostrou-se insuficiente pois nem sempre o Estado significa a maior ameaça aos particulares.

A abstenção do Estado diante da atuação dos particulares ensejava o acometimento de excessos decorrentes do poder econômico e/ou social principalmente nas relações trabalhistas, pois existe assimetria de poder entre as partes. Então surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Segundo Sarmento (2008) a constituição de 1988 prevê a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e assim também tem afirmado a jurisprudência como pode-se observar no voto vencedor proferido pelo ministro Gilmar Mendes ao julgar o RE 201.819/RJ, onde ficou consignado que:

[...] violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim; os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também a proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Quanto a sua aplicabilidade, para Sarlet (2012, p. 261) a constituição de 1988 prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais conforme dispõe o art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

As normas que versam no art. 5º da CF/88 impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Muitos doutrinadores, no entanto, foram além e sobre isso, Sarlet (2012, p. 266) diz:

[...] a norma contida no art. 5º da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais. [...] os primeiros estão obrigados a aplicá-los e os particulares a cumpri-los. [...] O poder judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a sua plena eficácia.

3 | TRABALHO ESCRAVO PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO (CPB)

Quando se fala em trabalho escravo, se imagina aquele trabalho realizado pelos escravos na antiguidade, que era uma prática social onde um ser humano, por meio da força, assumia os direitos de propriedade sobre outro (escravo).

A escravidão moderna é uma expressão genérica que se refere as relações de trabalho na era moderna ou contemporânea, onde pessoas são forçadas a exercer um trabalho ou são submetidas, ainda que espontaneamente a formas de trabalho degradantes.

Embora exista uma grande controvérsia na doutrina quanto a conceituação e terminologia que deve ser utilizada ao trabalho escravo nos dias atuais, é a preceituada por Brito filho (2017) a mais coerente, “trabalho análogo à escravidão”, pois é isso que acontece na prática e não a escravidão propriamente dita.

No CPB a terminologia utilizada é “condição análoga à de escravo” tanto na sua redação anterior quanto na atual. Alterado pelo decreto-Lei nº 2.848 de 1940, passou a dispor da seguinte maneira:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena- reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (GRECO, 2015, p. 465)

Em 1994, o Brasil foi denunciado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela primeira vez e o caso conhecido como “caso José Pereira” ganhou notoriedade nacional e internacional.

O caso refere-se ao episódio ocorrido em 1989, quando José Pereira ainda adolescente, saiu de sua cidade natal para trabalhar em Xinguara (PA), no entanto, um intermediário comprou a sua suposta dívida contraída com alimentação e hospedagem

e José foi levado para uma fazenda para trabalhar na preparação do pasto para criação de gado. Ele decidiu fugir, mas foi capturado e levou um tiro no olho ficando cego. Após o ocorrido, o trabalhador fez a denúncia da fazenda na Polícia Federal, mas nada foi resolvido. Somente 4 (quatro) anos após os fatos, o estado brasileiro foi denunciado e a petição formulada por organizações não governamentais apontava o desinteresse e ineficácia nas investigações.

A denúncia foi feita em virtude da prática de trabalho escravo e pela violação dos direitos à vida e à justiça na parte Sul do Estado do Pará, o que deu resultado ao relatório nº 95/2003 da Comissão, onde foi acordado uma solução amistosa entre o Brasil e a Comissão. Nesse acordo o Brasil reconheceu a responsabilidade perante a comunidade internacional e ficou estabelecido o compromisso na implantação de medidas referentes ao julgamento e sanção dos responsáveis, medidas de reparação, prevenção, fiscalização e sanção contra o trabalho escravo, bem como modificações legislativas. (NEVES, 2012)

Em decorrência disso, o art. 149 do CPB foi alterado para forma atual, sendo ampliado e detalhado, passando a descrever explicitamente as hipóteses em que há o crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo.

A norma penal brasileira deixa claro, porém, a nosso ver, que o trabalho análogo ao de escravo é gênero do qual podemos extrair sete espécies: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes, restrição de locomoção em função de dívida – servidão por dívida, cerceamento do uso de transporte, vigilância ostensiva e apoderamento de documentos e objetos pessoais. (NEVES, 2012, p. 43)

Essas espécies estão descritas no caput do art. 149 do código penal, tendo suas formas de execução típicas e por equiparação. Importante verificar que essas hipóteses são alternativas e não cumulativas, ou seja, basta a existência de uma das hipóteses para a consumação do crime.

a. Trabalho forçado

O trabalho forçado ocorre quando se ignora a vontade do trabalhador lhe impondo de forma forçada e obrigatória uma atividade mediante sua privação de liberdade ou locomoção. Acerca desse tipo de execução, Neves (2012, p. 49) disciplina que:

É quando o trabalhador se vê impedido de deixar o local de trabalho e de encerrar o contrato de trabalho, tudo com o objetivo de manter o trabalhador naquele local, trabalhando de forma forçada, ou seja, obrigatória, sem ter meios de sair.

b. Jornada exaustiva

Na jornada exaustiva é preciso analisar e entender que o modo em que o trabalho é prestado, a jornada que a vítima está desempenhando é completamente fora dos padrões legais e humanamente incompatíveis, entende-se que o excesso de horas causa esgotamento mental e físico na vítima possibilitando a ocorrência de acidentes e possivelmente a morte. Para diferenciar a jornada exaustiva da jornada extraordinária que é uma irregularidade trabalhista Brito filho (2012 apud NEVES 2012, p. 50) cita:

É preciso ser claro então, no caso da jornada exaustiva, para que ela, de forma isolada, possa caracterizar o trabalho escravo. É preciso diferenciar, então, o excesso de jornada, sujeito ao pagamento das verbas decorrentes de trabalho em horário suplementar, da jornada que exaure o ser humano, impossibilitando-o de usufruir dos demais aspectos da vida em sociedade.

c. Condições degradantes

Trabalhar em condições degradantes significa ser cerceado das garantias mínimas de segurança, saúde e dignidade.

[...] trabalho em condições degradantes é aquele em que há falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da falta de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação, tudo devendo ser garantido [...] em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes. (BRITO FILHO, 2017, p. 99)

d. Servidão por dívida

A servidão por dívida remonta uma das mais antigas formas de escravização, cerceando a liberdade da vítima por conta de uma “dívida” na qual está obrigado a adimplir. A história nos mostra novos contornos da servidão por dívida, como ocorreu na Amazônia no período da borracha pelo que era chamada de “aviamento”, como relembra Brito filho (2017, p. 101):

o seringueiro, então, no sistema de aviamento, pela dívida que não era capaz de pagar, e pelo fato de que, por esse motivo, não podia deixar o seringal, era claramente pessoa reduzida à condição análoga à de escravo.

Essas caracterizadoras, para Neves (2012) e Brito filho (2016) são enquadradas como trabalho escravo típico e citam que: cerceamento do uso de transporte; vigilância ostensiva e apoderamento de documentos e objetos podem ser considerados trabalho escravo por equiparação.

e. Cerceamento do uso de transporte

Esse é o primeiro modo de equiparação descrito no Art.149 do CPB e trata-se de meio pelo qual os trabalhadores são impedidos não apenas de sair da fazenda ou local onde são exploradas, bem como se locomover por dentro delas. A distância das fazendas dos meios urbanos facilita a ocorrência, pois, sem o meio correto para se deslocar, as fugas se tornam mortais e tampouco facilita a fiscalização por parte dos órgãos competentes. São muito comuns relatos de trabalhadores que tentaram fugir e passaram muito tempo caminhando até serem capturados novamente.

f. Vigilância ostensiva

Acontece pela presença dos guardas armados que por mando dos proprietários exercem ostensiva e violenta vigilância com finalidade de manter o trabalhador retido naquele local. Além de fiscalizar as atividades, impor ritmo, os vigilantes são responsáveis por impedir a fuga das vítimas que por muitas vezes pagam com suas vidas.

g. Apoderamento de documentos e objetos

Acontece quando o empregador retém os documentos como carteira de identidade e certidão de nascimento bem como objetos pessoais do trabalhador com o intuito de desestimular e impedir que o trabalhador deixe o local, obrigando-o a lá permanecer até que os mesmos possam quitar suas “dívidas”.

4 | TRABALHO ESCRAVO NA ATIVIDADE AGRÁRIA DO ESTADO DO PARÁ

Foram nas décadas de 60 e 70, com a expansão econômica e o desenvolvimento da Amazônia, que surgiram as primeiras denúncias de trabalho escravo contemporâneo no Brasil. A Amazônia, nessa época recebeu grandes recursos governamentais e grandes empresas como a Volkswagen e grupos bancários como Bradesco e Banco investiram em projetos industriais na região. Foi nesse período que foram construídos projetos como a transamazônica e a hidrelétrica de Tucuruí, incentivando a migração de milhares de famílias do Sul e do Nordeste para a região consolidando o latifúndio especialmente nas regiões sul e sudeste do estado, pois nem todos os migrantes conseguiram a terra desejada, os projetos de assentamento não foram totalmente implementados e ocorreu a grilagem de grandes extensões de terra.

Para a comissão pastoral da terra (CPT), o trabalho escravo na região do Pará está profundamente relacionado as questões agrárias marcadas pelas concentrações de terra e pelos conflitos latifundiários.

O território extenso da Amazônia tornou a fiscalização difícil e facilitou o surgimento de homens conhecidos como “gatos” que intermediam a mão de obra para o desmatamento, formação de pastos e produção de carvão e outras mercadorias como pecuária, cana-de-açúcar, madeira, algodão, soja, carvão vegetal e aço.

Historicamente, os trabalhadores que eram levados para atividades nas fazendas e foram escravizados, tinham origem em outros estados como o Maranhão por exemplo. No entanto, a CPT acredita que atualmente esse cenário mudou e hoje as famílias vulneráveis ao trabalho análogo à de escravo na região são de pessoas que vivem no próprio estado, filhos e filhas de migrantes das décadas passadas.

Os trabalhadores são aliciados com promessas de garantia de assistência médica, bons salários, transporte e lazer, mas as condições de trabalho na realidade, são bem diferentes das prometidas e tudo que é minimamente fornecido como alimentos e transportes geram dívidas que nunca serão quitadas. Muitas vezes são submetidos a

torturas e perdem até mesmo a vida.

Uma das situações que mais impacta os fiscais quando encontram trabalhadores em condições degradantes, é a situação da água que estes são obrigados a beber e cozinhar:

Nesta situação [do acampamento madeireiro na floresta], todos trabalham na situação de escravo, porque pela legislação não fica. Até porque, onde eles trabalham a água é levada de qualquer outro lugar. Às vezes é no chapadão, não tem água, é seco. Eles levam de algum igarapé, de algum poço, enchem um tamborzão, um tambor de 200 litros, e leva na caminhonete ou em riba de um caminhão e põe lá. Então aquela água é utilizada ali no dia a dia. Mosquito, sujeira [...] (CPT, 2017, p. 24)

Para o REPÓRTER BRASIL (2015), todos esses grandes projetos ao longo dos anos, impuseram um modelo de desenvolvimento predatório, devastando um quinto do território original da floresta amazônica. O desmatamento aparece em 6º lugar no ranking das atividades que mais tiveram resgates de trabalho análogo à escravidão, segundo dados da CPT, ministério público do trabalho (MPT) e ministério do trabalho e emprego (MTE), como podemos ver no gráfico a seguir:

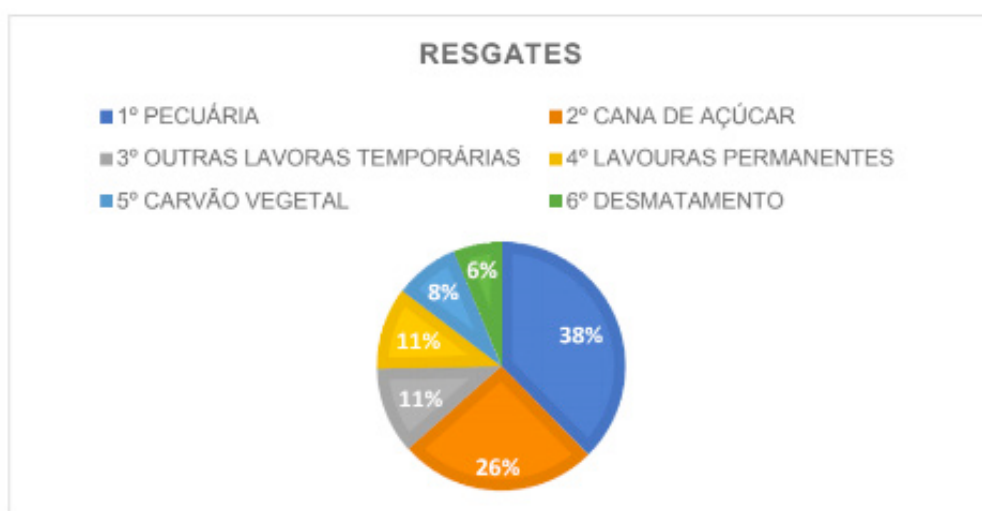


GRÁFICO 1 – RESGATES POR ATIVIDADE ECONÔMICA (1995-2017)

Fonte: CPT, MPT E MTE.

De acordo com o REPÓRTER BRASIL (2015), o município de São Félix do Xingu, no sudeste do Pará ilustra bem a relação entre o desmatamento e o trabalho escravo. Até 2014 o município liderava o ranking de área desmatada e também de municípios com maior número de trabalho escravo na Amazônia. De 2014 a 2017 esses números sofreram pouca alteração. A vasta floresta na região deu lugar a pastagens com cerca de 2,2 milhões de cabeça de gado, o que evidencia também a relação do desmatamento com a pecuária e coloca São Félix do Xingu em mais um destaque, sendo o 1º em rebanho efetivo do Brasil e 2º do Estado em atividade agropecuária seguido por Marabá em 2º lugar do estado em rebanho efetivo de cabeças de gado

com cerca de 1 milhão e 10º do país em atividade agropecuária.

Outra atividade que vem ganhando destaque por submeterem trabalhadores a condições de escravidão, são as madeireiras. As condições de segurança e o meio ambiente de trabalho são ainda piores na extração de madeira do que na derrubada como cita a CPT (2017, p. 29): “Se tá puxando a madeira com o trator, o ajudante do trator amarra o cabo de aço e solta o cabo. Acontece muito de qualquer mexidinha que der na tora, no trator, decepa dedo, decepa mão do ajudante. É fácil de acontecer [...]”

Para fugir das responsabilidades ambientais, as madeireiras criam um esquema de terceirização, como explica a CPT (2017, p. 32):

A terceirização se dá pela figura do “toreiro”, o responsável por extrair a madeira e transportar as toras até as serrarias. Ele, por sua vez, forma turmas de trabalhadores que irão operar as motosserras e outras máquinas na frente de exploração, fazendo papel de “gato”. Em alguns casos, há uma figura intermediária entre o toreiro e a madeireira, que compra as toras, contrata o serviço de uma serraria e depois vende as tábuas para a madeireira.

A CPT (2017) cita que por ser ilegal, a extração das árvores é montada por baixo da floresta, o que dificulta a obtenção de informações e denúncias. Apesar disso, um grande avanço foi feito com a parceria do ministério do trabalho (MT) e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) para realização de ações conjuntas em 2015.

Nesse mesmo ano, uma operação denominada “madeira limpa” levou a prisão de 30 (trinta) pessoas envolvidas no esquema, entre eles servidores públicos do IBAMA e do INCRA.

Recentemente, em 2017 a REPÓRTER BRASIL divulgou uma investigação em que rede de fornecedores de grandes grupos varejistas e da construção civil está contaminada pela prática criminosa. Grandes marcas como Tramontina, Wal-Mart, Carrefour e casas Bahia eram abastecidas por serrarias que foram flagradas utilizando trabalho escravo.

Ao longo dos anos, mais especificamente a partir de 1995 muitas medidas foram criadas e implementadas na tentativa de combater e erradicar o trabalho escravo.

O MTE, que é responsável por toda investigação do trabalho, tem sido de extrema importância no combate do trabalho escravo atual. Ele executa inspeção através de normas regulamentadoras e de órgãos específicos que verificam se as normas trabalhistas estão sendo respeitadas, possuem competência legal para fiscalizar o cumprimento das normas de proteção ao trabalho, podendo realizar visitas de fiscalização, firmar termos de compromisso para a regularização das condições de trabalho, lavrar autos de infração e aplicar multas. (NEVES, 2012)

O Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), criado pelo MTE, hoje constitui um dos principais instrumentos do Governo para reprimir o trabalho escravo. Tem como objetivo o combate ao trabalho escravo e trabalho infantil e sua atuação é desenvolvida junto com o Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT) e Polícia Federal (PF). Obedecem a instrução normativa nº 76/09

onde a fiscalização incidirá no meio rural verificando as posturas dos empregadores e notificando em caso de descumprimento as normas trabalhistas. Se por acaso os auditores fiscais que compõem o GEFM concluírem que existem indícios de crime, deverão encaminhar as provas e os autos de infração para o MPF, MPT, PF, secretaria do estado em que fora realizada a fiscalização e por fim ao INCRA, além disso, também deverá incluir o empregador na “lista suja”, assegurar o devido recebimento das verbas rescisórias e garantir o retorno dos trabalhadores as suas respectivas cidades natais.

Segundo o MTE em 2017 foram realizadas 184 ações de fiscalização e combate ao trabalho análogo ao de escravo no país, resultando no resgate de 407 trabalhadores submetidos a situações degradantes o que continua sendo uma situação preocupante.

O Pará apareceu em 1º lugar no ranking de inspeções e de resgates por vários anos, caindo para 2º lugar em 2014 e permanecendo assim até 2016, onde teve 39 estabelecimentos inspecionados e 81 trabalhadores resgatados. (MTE – dados atualizados em 13/03/2017)

O número de resgates vem caindo ano a ano, isso se deve também a queda no número de denúncias. Para Plassat, em entrevista ao Brasil de fato (2017), a queda nesses números não significa que não exista mais o trabalho escravo e assevera: “A crise no setor siderúrgico, a mecanização na pecuária e também a atração maior dos grandes projetos para a construção civil, podem explicar que ele tenha diminuído [...]”

Atuando em defesa dos interesses da coletividade e presente diretamente nas fiscalizações juntamente com o GEFM e a PF, está o MPT. Ele atua nas fiscalizações testemunhando as violações legais e aproveitando a oportunidade para coletar a maior quantidade de provas possíveis, podendo então abrir inquérito civil que pode ou não ensejar ação civil pública. O MPT ainda por meio da Coordenadoria de erradicação do trabalho escravo (CONAETE) busca integrar as procuradorias regionais do trabalho no âmbito nacional fomentando a troca de experiências, participando no monitoramento dos planos de erradicação do trabalho escravo com vistas a atuar de maneira célere e eficaz no seu combate.

Outra medida adotada para erradicação do trabalho escravo, foi a criação pelo Governo Federal do I plano nacional para erradicação do trabalho escravo em 2003. O plano atendia as determinações do plano nacional de direitos humanos e expressava uma política pública permanente que deveria ser fiscalizada por um órgão nacional dedicado a repressão do trabalho escravo e apresentava medidas que deveriam ser cumpridas pelos diversos órgãos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, ministério público e entidades da sociedade civil brasileira. (RODRIGUES, 2007)

Ainda em 2003, foi criada a Comissão nacional para a erradicação do trabalho escravo (CONATRAE), um órgão colegiado, integrado por ministros de diversas pastas, incluindo o ministro do MTE e com objetivo principal de monitorar a execução do plano nacional.

Em 2004 foi editada a Portaria nº 540/2004 do MT, que prevê a inscrição e a divulgação dos nomes das empresas exploradoras de trabalho escravo em um

cadastro público de empregadores conhecido como “Lista Suja”. Dada sua importância, o Brasil foi citado como referência mundial no combate à escravidão contemporânea no Relatório “Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado”, publicado pela OIT em 2005.

O nome do infrator é incluído após decisão administrativa final após o auto de infração lavrado. O ministério do trabalho usa essa lista para observar os infratores por um período de 2 (dois) anos e caso não haja reincidência o nome é retirado do cadastro. A lista suja é atualizada pelo MTE semestralmente.

Para Pinto (2008), essa medida é eficaz porque possibilita que os consumidores, ao terem acesso às informações, rejeitem mercadorias ou serviços dessas pessoas ou empresas, inibindo a prática escravista em decorrência do prejuízo comercial.

No entanto, apesar de sua extrema importância, o cadastro ficou sem atualização no período de 2014 a 2017, pois um dos empregadores questionou a legalidade da lista no STF. Para manter sua publicação a União publicou uma nova portaria interministerial (MTPS/MMIRDH nº 4 de 11/05/2016), com reformulação dos critérios para inclusão e saída dos empregadores no cadastro. A lista voltou a ser atualizada recentemente com a inclusão de 34 novos nomes. O Estado do Pará figura na lista suja, na sua maioria, com cadastro de pessoas e empresas na zona rural, são 14 fazendas, 1 carvoaria e 1 madeireira de acordo com os dados obtidos no portal MPT.

Em 2008 foi criado o II plano nacional para erradicação do trabalho escravo, com atualizações e avanços, principalmente relacionados a impunidade de quem escraviza.

Em 2016, o MPT foi a única entidade brasileira a participar do Workshop Estratégico Aliança 8.7, na Inglaterra, organizado pela OIT, pela Organização Internacional para Migrações (OIM), pela Universidade das Nações Unidas (UNU), e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

O procurador e assessor internacional do MPT Thiago Gusmão que esteve presente no workshop relata que na ocasião foi possível apresentar sugestões como apoiar o fortalecimento das instituições públicas e apoiar a cooperação técnica entre essas instituições. Segundo o procurador, também foi possível apresentar informações sobre a “lista suja” e sua utilização por instituições financeiras e apresentar informações sobre projetos de estudos de cadeia produtiva em parcerias do MPT.

Em 2017, o Ministério público do trabalho (MPT) junto com a organização internacional do trabalho (OIT) lançaram o Observatório digital do trabalho escravo no Brasil. É mais uma medida criada no avanço e na busca da erradicação do trabalho escravo. O observatório consiste em um centro de estatísticas que permitem a análise de dados, publicidade, transparência nos atos de forma a potencializar o monitoramento e a prevenção dos trabalhos em condições análogas à escravidão.

Com base nos dados do observatório, calcula-se que foram resgatados no Brasil mais de 50.000 pessoas em condição análogo ao de escravo desde 1995. De 2003 a 2017 foram 43.696 resgates, o Pará se encontra em 1º lugar em números de resgate

somando 9.918 em 979 operações realizadas, como pode ser constatado no quadro 1.

ESTADO	RESGATES
Pará	9.918
Mato Grosso	4.346
Goiás	3.736
Minas Gerais	3.358
Bahia	3.164
Tocantins	2.907

QUADRO 1 – PREVALÊNCIA DE RESGATES – ESTADOS (2003 - 2017)

FONTE: Observatório digital do trabalho Escravo no Brasil.

Ainda de acordo com o observatório digital do trabalho escravo no Brasil e com dados do IBGE, observa-se que os municípios onde a prevalência de resgates é maior, seus índices de desenvolvimento humano (IDH) estão entre os mais baixos do país.

Com base nos dados do observatório digital, podemos observar que os trabalhadores resgatados na sua maioria são homens, que se enquadram como pardos, mulatos, caboclos, cafuzos, mamelucos ou mestiços; com o ensino fundamental incompleto e com idade entre 18 e 24 anos.

Apesar das grandes dificuldades e dos problemas que o Brasil enfrenta em relação à escravidão, ele tem sido apontado como pioneiro em algumas iniciativas e mostra um enorme avanço com a divulgação da “lista suja”, é o que diz Andrew Forrest (presidente e fundador da Walk Free). A Walk Free Foundation é uma organização mundial que se comprometeu a erradicar a escravidão moderna no mundo, com o apoio de ONG’s, governos, empresas e líderes religiosos. De acordo com seu banco de dados (The Global Slavery Index), apesar dos avanços, o governo brasileiro ainda possui práticas que podem facilitar a escravidão. Foi o que evidenciou a Organização dos Estados Americanos (OEA), quando em 2016 condenou o Brasil por não prevenir o trabalho escravo moderno em decorrência do caso da fazenda Brasil Verde no Pará, onde 128 pessoas foram resgatadas nos anos de 1997 a 2000. O Brasil foi o primeiro País a ser condenado nessa matéria. Para a corte, o poder judiciário é cúmplice da discriminação dos trabalhadores escravizados. E nesse caso, ninguém foi responsabilizado criminalmente nem os trabalhadores indenizados por dano moral coletivo ou individual por terem sido submetidos a jornadas exaustivas, condições degradantes, ameaça, servidão por dívidas e cárcere privado.

5 | CONCLUSÃO

Após a realização e análise deste artigo pôde-se concluir que a grande

incidência de trabalho escravo no Brasil, especialmente na zona rural do Pará se dá em decorrência de diversos fatores, em primeiro lugar a desigualdade social e econômica dos trabalhadores, problema esse antigo e persistente que faz com que as pessoas busquem qualquer meio para sobreviver se tornando suscetíveis a trabalhos degradantes. Aliado a isso, temos a pouca ou nenhuma educação dessas pessoas que desconhecem seus direitos. Por conta disso, muitos casos são reincidentes. Além da extrema pobreza e a falta de instrução que facilita o aliciamento, a impunidade também figura como um dos fatores determinantes para a alta incidência desses trabalhos, constatou-se que os infratores não têm sido efetivamente punidos, existindo poucos casos de condenação penal. Essa impunidade em muito se dá pelas dificuldades do próprio governo. Mais especificamente na zona rural, as fazendas que exploram o trabalho escravo se encontram em localidades de difícil acesso o que impossibilita o resgate dos trabalhadores e também a obtenção de provas.

Com base em todas essas informações, conclui-se que a erradicação do trabalho análogo à escravidão ainda está distante e que mais do que erradicar, é necessário prevenir esse crime. É necessário que se proporcione condições de vida digna, realize de forma ampla e eficaz a reforma agrária. As medidas protetivas precisam ser analisadas a fundo para que se possa coibir a captação dos trabalhadores e sua reincidência.

No âmbito da atuação repressiva, é indispensável a intervenção do direito penal para que esses criminosos paguem de maneira justa pelos seus crimes. Além disso, se faz necessária uma integração maior entre as autoridades agrárias-fundiárias e ambientais no combate a essa realidade, que pode ser feita de forma presencial nas fiscalizações ou por meio de convênios com troca de informações.

O que concluímos com ainda mais convicção e clareza é que de maneira alguma podemos aceitar que em pleno século XXI, marcado por tantos avanços, ainda vivamos no retrocesso. Com desigualdades tão evidentes e com essa realidade que submete ser humanos a condições de emprego e de vida tão desumanos.

REFERÊNCIAS

ALLIANCE 8.7. Disponível em: <<http://www.alliance87.org/>> Acesso em: 05 maio. 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do trabalho e os limites do direito internacional do trabalho. Porto Alegre: Livro do advogado, 2007.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Informações, legislação e dados**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/>> Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 11 maio. 2018.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho decente**: Análise jurídica da exploração do trabalho – Trabalho escravo e outras formas de trabalho Indigno. 4. Ed, São Paulo: Editora LTr, 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. **Trabalho escravo**: Caracterização jurídica. 2. Ed, São Paulo: Editora LTr, 2017.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). **Entre idas e vindas**: novas dinâmicas de migração para o trabalho escravo. Centro de defesa da vida e dos direitos humanos Carmem Bascarán. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br>> Acesso em: 23 abr. 2018.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT). **Por debaixo da floresta**: Amazônia paraense saqueada com trabalho escravo. Centro de defesa da vida e dos direitos humanos Carmem Bascarán. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br>> Acesso em: 23 abr. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 11 maio. 2018.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Informações, legislação e dados**. Disponível em: <<http://www.trabalho.gov.br>> Acesso em: 23 abr. 2018.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. **Trabalho escravo e aliciamento**. São Paulo: Editora LTr, 2012.

OBSERVATÓRIO DIGITAL DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL. Disponível em: <<https://observatorioescravo.mpt.mp.br>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil**: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo. Brasília: OIT, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o trabalho escravo contemporâneo**: o exemplo do Brasil. Brasília: ILO, 2010.

PLASSAT, Xavier. **Trabalho escravo se concentra na zona rural**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/emdiscussao/trabalho-escravo/xavier-plassat>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

PINTO, Melina Silva. **A constitucionalidade da “Lista suja” como instrumento de repressão ao trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil**. Revista LTr, v. 72, nº 09, set. 2008.

RÉPORTER BRASIL. **Amazônia**: trabalho escravo + dinâmicas correlatas, 2015. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br>>. Acesso em: 11 maio. 2018.

RÉPORTER BRASIL. **Fazenda Brasil Verde**: histórias de um País que não superou o trabalho escravo, 2017. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br>>. Acesso em: 11 maio. 2018

RÉPORTER BRASIL. **Tramontina comprou madeira de serraria flagrada com trabalho escravo**, 2017. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br>>. Acesso em: 11 maio. 2018

RODRIGUES, Marta Cristina. **Política de combate ao trabalho escravo no Brasil**: uma análise dos programas do ministério do trabalho e emprego (1995-2006). Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.bdm.unb.br>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª ed. Porto Alegre: Editora revista do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Editora revista do advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2. Ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

THE GLOBAL SLAVERY INDEX. Disponível em: < <https://www.globallslaveryindex.org/country/brazil/>>. Acesso em: 05 maio. 2018.

WALK FREE FOUNDATION. Disponível em: <<https://www.walkfreefoundation.org/>> Acesso em: 05 maio. 2018.

A FALSA INCORPORAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO CRIME ORGANIZADO

Caio Viana Andrade
Andryne Liberato Aragão
Icar Nogueira Gondim

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a disparidade entre os direitos fundamentais concedidos pelo Estado e a atuação do crime organizado, por meio das facções criminosas, nas comunidades periféricas e nos presídios do Brasil, onde ocorre aprovação deste e, conseqüentemente, o seu estabelecimento enrijecido. Outrossim, são apresentados e discutidos conceitos, leis e princípios, para que seja demonstrado o funcionamento das organizações criminais e se há, por parte destas, a concessão de direitos aos que se submetem ao seudomínio.

ABSTRACT: This article intends to analyze the disparity between the fundamental rights granted by the State and the performance of organized crime, through the criminal factions, in the peripheral communities and in the prisons of Brazil, where its approval occurs and, consequently, its rigid establishment. Also, concepts, laws and principles are presented and discussed, so that the functioning of criminal organizations can be demonstrated and if there is, on the part of them, the granting of rights to those who submit to their dominion.

Resumo. O presente artigo pretende analisar a disparidade entre os direitos fundamentais concedidos pelo Estado e a atuação do crime organizado, por meio das facções criminosas, nas comunidades periféricas e nos presídios do Brasil, onde ocorre aprovação deste e, conseqüentemente, o seu estabelecimento enrijecido. Outrossim, são apresentados e discutidos conceitos, leis e princípios, para que seja demonstrado o funcionamento das organizações criminais e se há, por parte destas, a concessão de direitos aos que se submetem ao seudomínio.

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca dos prejuízos causados pelo crime organizado nas esferas em que este atua, porém, na maioria das vezes, passa-se por despercebido o porquê de a relação entre o dominante (facção criminosa) e o dominado (presos e populares) ser, na maioria das vezes, estável. O senso comum nos assegura que há benefícios recíprocos nessa relação e que o crime organizado sucede o Estado em muitas de suas acepções, até mesmo na incorporação de direitos fundamentais, garantindo, por exemplo, dignidade.

Para analisar tal questão faz-se necessário compreender o funcionamento desse e a sua

relação de domínio com os presídios e com as comunidades; as consequências advindas dessa relação; e, por fim, confrontar com os pensamentos filosóficos, sociológicos e, sobretudo, jurídicos.

1 | METODOLOGIA

O estudo desenvolveu uma pesquisa do tipo bibliográfica e documental, uma vez que a investigação foi realizada e baseada em trabalhos publicados sob diversas formas: livros, doutrinas jurídicas, artigos científicos e notícias jornalísticas. Prevaleceu o uso de doutrinas jurídicas, principalmente as que abordaram a Teoria dos Direitos Fundamentais e o estudo do crime organizado.

A investigação apresentou cunho qualitativo e dedutivo ao aprofundar a temática objeto de análise, buscando entender e expor a importância dos direitos fundamentais e como o crime organizado se relaciona com esses.

2 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

O aumento da estruturação do crime, ao longo das décadas, no Brasil, em diferentes modalidades e setores; e com o envolvimento de todas as classes sociais, tem sido uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, posto que ocorre a infiltração de um poder paralelo o qual tem objetivos incompatíveis com os direitos e garantias encontrados no nosso Ordenamento Jurídico.

Assim sendo, na definição de Guilherme de Souza Nucci (2016, p.102), a Organização Criminosa:

Trata-se de um poder paralelo, estruturando-se a criminalidade em formato de empresa para atingir objetivos ilícitos. Imiscui-se o delinquente nas entranhas da Administração Pública, corrompe agentes do Estado e fomenta a impunidade de maneira galopante.

O funcionamento das organizações criminosas pode ter inúmeras classificações, todavia a considerada clássica e mais comum no Brasil é a hierárquica-piramidal, que permite a divisão direcionada de tarefas e a participação de agentes públicos, dentre outras modalidades (MENDRONI, 2016, p.46). Outrossim, deve-se ressaltar que tal funcionamento estende-se aos membros que se encontram nos sistemas prisionais e que, por estarem sob a tutela do Estado, não significa que a estrutura organizacional seja sequer prejudicada.

A atuação dos membros das facções, por ter uma estrutura que permite o ingresso de pessoas de qualquer classe social, atordoa toda a coletividade mas, por outro lado, é um mecanismo de depravação, singularmente, das classes sociais menos favorecidas, visto que estas, desamparadas – atrofiamento da segurança pública, falta de oportunidades etc – tendem facilmente ao domínio criminoso.

Com efeito, o crime organizado passa a ter uma razoável aprovação e legitimação,

posto que tais comunidades entram em conformidade com a falsa constituição de um ordenamento estatal, este que, desprovido dos elementos essenciais do Estado, nada mais é, conforme a concepção de Léon Duguit “a dominação dos mais fracos pelos mais fortes (2009, p. 28)”.

Ademais, nessas comunidades, o principal alvo de aliciamento tem sido os jovens, principalmente por meio da venda de drogas ilícitas. De acordo com o levantamento feito pelo Jornal Folha de São Paulo, em 2013, o número de jovens internados por tráfico de drogas têm triplicado nos últimos dez anos. Do ponto de vista sociológico, a opção do jovem pelo mundo do crime oferecida por essa justiça paralela liga-se, dentre outros fatores, ao consumismo exacerbado, praticado pelas classes sociais mais favorecidas e ao rancor do excluído por não poder fazer parte desta realidade limitada a poucos. Sobre o assunto, Bauman nos afirma, precisamente, que:

Os objetos de desejo cuja a ausência é mais violentamente deplorada tornaram-se múltiplos e variados – e seu número, assim como as tentações que representam, está crescendo a cada dia. E com ele a raiva, humilhação, o despeito e o rancor motivados por não tê-los – assim como impulso de destruir o que não se pode ter (2012, p.82).

Nos presídios, a situação é semelhante. Ao ingressar em um presídio brasileiro, o sentenciado passa por um processo de desprogramação do indivíduo que o faz perder parcela de sua subjetividade, devendo ser privado de comodidades e ser obrigado a cumprir regras internas e, ademais, fica submetido à violência empregada pelos demais presos, os quais já fazem parte de facções criminosas (PORTO, 2008, p. 13). Destarte, como há um verdadeiro controle do sistema penitenciário brasileiro pelo crime organizado, devido a complexos problemas, o recluso recém-chegado, muitas vezes, fica sem alternativa, optando ou sendo coagido a fazer jus a tutela ilícita oferecida pelas facções.

O enraizamento do crime organizado nas periferias e nos presídios tem como alicerce, como dito antes, a razoável aprovação de sua conduta, pois não há somente a intimidação, mas, também, o amparo. Esse amparo é exercido por meio de “prestações de serviços” que, principalmente nas periferias, têm um impacto muito relevante nas práticas de sociabilidade locais e consistem basicamente na imposição de regras internas que permitem controle de atividades ilícitas entre os moradores, principalmente crimes hediondos como o estupro e, também, a proteção territorial contra facções rivais. Acerca do assunto, Pimenta (2015, p.99), de forma prática, assevera:

Tais regras se orientam por pressupostos de ordem moral, fundamentados no status de pertencimento. Nessa perspectiva, dentro da comunidade, portanto, “não é permitido roubar”, sob o pressuposto

de que “pobre não rouba de pobre”. [...] Além disso, estabeleceu-se um controle sobre quem deve morrer e quem pode matar. [...] Em um primeiro momento, as determinações sobre o que é considerado legítimo e ilegítimo na decisão pela sanção máxima (pena de morte), parecem se orientar por critérios de ordem moral.

Ofensas contra a honra pessoal (tomar a mulher do outro, por exemplo) e crimes considerados hediondos, como o abuso sexual e o estupro de crianças

são punidos com a morte. [...] Quando analisada do ponto de vista da racionalidade dessas ações, o controle sobre as mortes perpetradas dentro da comunidade faz sentido, na medida em que, quanto menos mortes (e menor o número de mortes espetaculares, em eventos como chacinas), garante-se que a polícia fique afastada e não perturbe as operações do tráfico.

A aceitação das comunidades e a procura de jovens pelo crime organizado, tem justificativa, além do desamparo estatal e outros fatores, na falsa percepção a respeito dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, em seu rótulo de liberdades públicas, permite ao particular reivindicar do Estado, entre outros mecanismos, o cumprimento de prestações sociais, como a saúde e a educação, e a proteção contra atos de terceiros, garantindo segurança, inviolabilidade de domicílio etc (BULOS, 2015, p. 527).

Rousseau, ainda naquela época, em sua relevante obra, abordou o problema aqui exposto e, de maneira célebre, pressagiu: “a força não constitui o direito, e que somente se está obrigado a obedecer às potências legítimas (2013,p.21)”.

Dentro da concepção kantiana de dignidade, o homem não deve ser instrumentalizado como um simples meio voltado para o alcance de determinados fins, pois, dada a sua natureza racional, municiada de autodeterminação potencial, ele existe como *um fim em si mesmo* (2002, p. 68). Acerca disso, Marmelstein (2016, p.20), nos ensina que:

Tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merecerá ser considerado como direito fundamental.

Dito isso, são inúmeras as consequências advindas desse domínio ilegítimo, existindo uma demasiada exposição da comunidade à prática de crimes, estes que são cometidos contra os habitantes, os que não seguem as regras, os forasteiros, as facções rivais e, por último, contra os presos e a família destes, quando não se submetem à disciplina imposta ou desobedecem alguma regra exigida.

É evidente e gritante a quantidade de direitos fundamentais que são violados, não sendo compreensível afirmar que o crime organizado, de certo modo, incorpora direitos e garantias nas comunidades periféricas. Age, assim, contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, retrocedendo ao Humanismo e condizendo-se com pensamentos como o de Maquiavel (2015, p. 63), em que o homem pode servir como *instrumento de auxílio* a quem goza de poder e, conseqüentemente, ter a sua dignidade relativizada.

CONCLUSÃO

Permitiu-se compreender que o crime organizado é nefasto aos direitos fundamentais, principalmente quando são levadas em consideração as pessoas que

se submetem, muitas vezes por não haver alternativas, às regras por esse impostas. Ademais, percebeu-se também que essa falta de alternativas se dá pelo desamparo estatal e também pela maneira como atua as facções criminosas, estas que se incorporam tanto nas periferias quanto nos presídios e, nestes locais, exercem seu domínio, funcionando como verdadeiro poder paralelo.

Ao expor as consequências advindas desse domínio e submetê-las à críticas, é permitente afirmar que o crime organizado, em nenhum de seus propósitos, sucede a função do Estado Democrático de Direito. O que há, na verdade, é uma falsa incorporação de direitos fundamentais que, erroneamente, é vista, por muitos, como uma, ainda que ilícita, garantia de dignidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e Juventude: Conversas com Ricardo Mazzeo**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENITES, Érica Fraga Afonso. **Triplica parcela de jovens internados por tráfico de drogas**. Folha de São Paulo. São Paulo, 11 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/08/1324683-triplica-parcela-de-jovens-internados-por-trafico.shtml>> Acesso: 04 de maio de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUGUIT, Léon. **Os Fundamentos do Direito**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Hingo Weber. 6 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIMENTA, Melissa de Matos. **Relações de Poder e Controle Social em Áreas de Grande Exposição à Violência**. Civitas, v. 15, n. 1. Porto Alegre, jan.-mar. 2015.

PORTO, Roberto. **Crime Organizado e Sistema Prisional**. 1. ed.– 2. reimpr. – São Paulo: atlas, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

A INFILTRAÇÃO DE AGENTES COMO MEIO DE PROVA ADMITIDO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Graziela de Siqueira Ximenes

Programa de Pós-Graduação Penal e Processo Penal, Sentido Único, Fortaleza/CE

Anarda Pinheiro Araujo

Universidade de Fortaleza – Curso de Direito Fortaleza/CE

RESUMO: O presente trabalho destina-se a fazer uma análise sobre o conceito de provas e como se deu o seu surgimento dentro do ordenamento jurídico, bem como quais princípios que estão contidos dentro dessa matéria e o objetivo de colheita de provas. Comentar-se-á a respeito dos sistemas utilizados pelo Código de Processo Penal, como também sobre o instituto das provas ilícitas, sua definição e a teoria decorrente dela, qual seja, “fruto da árvore envenenada” e as “provas ilícitas por derivação”. A técnica da infiltração de agentes funciona como um meio de prova dentro do processo e se constitui como uma técnica especial de investigação. Além disso, serão analisados os posicionamentos adotados pela doutrina e pela jurisprudência quanto aos conceitos que envolvem a aplicação da infiltração no crime de tráfico de drogas, o procedimento adotado pela lei para a sua devida aplicação tanto na organização criminosa como na lei de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Infiltração. Tráfico de drogas. Agente infiltrado. Legalidade.

ABSTRACT: The present work is intended to make an analysis on the concept of evidence and how it emerged within the legal system, as well as what principles are contained within this matter and the purpose of evidence gathering. We will comment on the systems used by the Code of Criminal Procedure, as well as on the institute of illicit evidence, its definition and the theory derived from it, namely “fruit of the poisoned tree” and “illicit evidence by derivation”. The technique of agent infiltration functions as a means of proof within the process and constitutes as a special investigative technique. In addition, we will analyze the positions adopted by doctrine and jurisprudence regarding the concepts that involve the application of infiltration in the crime of drug trafficking, the procedure adopted by the law for its proper application in both the criminal organization and the drug law.

KEYWORDS: Infiltration. Drug trafficking. Agent infiltrated. Legality.

1 | INTRODUÇÃO

O tema proposto tem extrema importância na atual conjuntura em que se encontra o Brasil com relação à segurança pública e a elucidação de crimes. A criminalidade encontra-se bastante frequente na sociedade, todos os dias vê-se

nos jornais policiais as notícias sobre grandes organizações criminosas que estão em atuação em todo o país, entretanto, não se percebem respostas eficazes por parte do Estado para seu combate.

Partindo dessa premissa, a infiltração vem como forma de tentar, minimamente, combater o crime, as organizações, aos grandes traficantes, entre outros. Como será mencionado no decorrer do texto, é um meio de prova admitido no processo penal, estando em consonância com os princípios estabelecidos no código de processo penal.

Ressalta-se que para chegar até o tema proposto, irão ser analisados os princípios relacionados as provas admitidas pelo processo penal, quais os limites de utilização destas, quais tipos podem servir para embasar futuras condenações, observando, de modo obrigatório, a legalidade, para que não reste prejudicado todo o processo e o trabalho desenvolvido pelos envolvidos.

Mais à frente, considerar-se-á quem é a pessoa que pode ser agente infiltrado e como deve portar-se dentro da organização criminosa, no desenvolvimento da técnica em apreço, bem como a sua responsabilidade penal quando agir como um dos integrantes da organização, em virtude disso, ao final do trabalho, um caso sobre agente infiltrado será verificado, observando as peculiaridades da execução na prática do instituto.

Quanto a metodologia, o presente é um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa. Quanto ao tipo é bibliográfica, através de livros, revistas, publicações especializadas, artigos e dados oficiais publicados na Internet. Quanto à abordagem tem caráter qualitativa, à medida que se aprofundará na compreensão da medida de investigação e de como ela deve ser aplicada dentro dos crimes de tráfico de drogas. Quanto aos objetivos é descritiva, tendo em vista que serão descritas as características da infiltração de agentes, o conceito de tráfico de drogas e outras definições que se façam necessárias e exploratória, uma vez que a finalidade é de proporcionar maior familiaridade com o problema pesquisado.

2 | TEORIA DA PROVA: CONCEITO E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O conceito de provas é variado, admitindo inúmeros significados, por isso a doutrina fez uma distinção quanto aos meios de provas, meios de obtenção de provas e fontes de provas. Contudo, o presente trabalho se concentra nas técnicas especiais de investigação.

Na visão de Oliveira (2012), a prova dentro do processo judicial tem um objetivo já delineado, que é a reconstrução dos acontecimentos que estão sendo discutidos e postos em litígio, para que seja achada uma possível coincidência entre o que realmente aconteceu e o que estão sendo contado pelas partes. Infere-se que essa missão não é das mais fáceis, logo ficará a cargo do nobre julgador tentar chegar o mais próximo da realidade possível.

Quando se estuda a matéria referente a provas no direito processual penal, não

se pode deixar de citar alguns princípios básicos que estão ligados aos meios de provas, como o do contraditório e da ampla defesa, disciplinados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 e o da identidade física do juiz encontrado no artigo 399, parágrafo 2º, do Código de processo Penal.

Há, também, o princípio da verdade real, trazido por diversos autores quando se enfoca nesse assunto, posto que durante muito tempo se acreditava conseguir chegar a verdade real, esse era o objetivo principal da produção de provas. Contudo, descobriu-se que isso seria impossível posto que o fato está no passado, e chegar a uma pretensa verdade é muito difícil, já que alguns detalhes ficam esquecidos ou não são revelados dentro da instrução probatória.

E, por último, o princípio da comunhão da prova, que quer dizer que as provas não pertencem a quem as produziu, mas sim ao processo, servindo para o embasamento do julgamento do juiz que está responsável por proferir uma decisão quanto a lide apresentada.

2.1 Provas Ilícitas e Ilegais

As provas ilícitas são aquelas conseguidas com violação de normas materiais e as provas ilegítimas são aquelas colocadas no processo contra o que prescreve a lei processual segundo Tourinho Filho (2012).

Martins (2013), descreve que a doutrina faz uma divisão desse tema, qual seja, prova ilegal é aquela que é obtida por meios que estejam em desacordo com a lei e com os princípios estabelecidos na Constituição Federal e no Direito Processual Penal, como consequência disso não podem ser utilizadas e devem ser descartadas de imediato, sendo esta o gênero e as espécies são provas ilícitas e ilegítimas, uma vez que as provas ilícitas não se confundem com provas ilegais e ilegítimas, à luz de Oliveira (2012).

Contudo, Tourinho Filho (2012), descreve no decorrer de sua obra que a atual Constituição Brasileira extinguiu a diferença entre provas ilegítimas e ilícitas, conforme o disposto no artigo 5º, inciso LVI, que versa o seguinte: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, isso quer dizer que qualquer tipo de prova que seja conseguido violando as normas materiais e constitucionais, estão inseridas no tema de provas ilícitas, conforme a previsão expressa do artigo 157 do Código de Processo Penal.

Muito já se discutiu quanto à admissibilidade de uma prova obtida por meios ilícitos, isso antes do texto constitucional de 88, mas hoje, é entendimento amplamente majoritário entre a doutrina e a jurisprudência de que é totalmente incompatível com o sistema processual atual que possa o juiz valer-se de provas dessa natureza, sendo, por isso, vedada a sua utilização.

Mas não apenas as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no

processo, como também as que são chamadas de ilícitas por derivação. Dentro do tema provas ilícitas, há a teoria dos frutos da árvore envenenada, adotada pelos Estados Unidos, a partir do ano de 1914, no caso em que foi decidido que a parte não podia ser obrigada a entregar documentos que foram descobertos através de uma prisão feita de modo ilegal.

Desse modo, segue o entendimento do Código de Processo Penal Brasileiro (1941), em seu artigo 157, parágrafo 1º, assim descrito: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

Já no que corresponde à valoração dessas provas, o sistema do livre convencimento motivado é o adotado pelo Brasil, devendo o juiz analisar as provas trazidas aos autos do processo e quando proferir sua decisão, terá que fundamentar de acordo com as normas jurídicas vigentes, em consonância com o disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Agora, resta destacar a técnica da infiltração como meio de prova e explicar porque a mesma merece o destaque dado pelo presente estudo.

3 A infiltração de agentes como técnica especial de investigação para coleta de provas

Sabe-se que algumas modalidades de crimes estabelecem um aparato de provas mais eficiente, mais operacionalizada, como, por exemplo, a uso de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., contudo, estas ferramentas só podem ser empregadas nos exatos termos da lei. Não se pode justificar a quebra de garantias constitucionais do acusado para a busca do combate ao crime, vez que não se pode batalhar contra o crime com ilegalidade, de acordo com Távora e Assumpção (2012).

Quanto a infiltração de agentes, tema foco do presente artigo, esta é um meio de investigação de prova pelo qual o agente se infiltra dentro de uma organização criminosa, fingindo ser um integrante, ser parte dela, com fins de obter informações sobre como acontece sua organização e articulação, devendo obrigatoriamente ter autorização judicial para a sua realização, sob pena de ser considerada prova ilegal e ter que ser desentranhada dos autos, conforme José (2010).

Se infiltrar dentro da organização é adentrar nela como se fosse um criminoso, tendo que participar das conversas e atividades praticadas pelos outros membros, fornecendo uma melhor noção sobre sua organização, bem como a melhor forma de se combater as suas ações, sendo uma das funções desse agente, repassar todas as informações necessárias e obtidas para autoridade policial que preside as investigações que, por sua vez, irá traçar uma estratégia de persecução e elucidação do crime.

Algumas características dessa técnica devem ser observadas, existindo três

principais características que devem ser levadas em consideração no momento em que se resolve utilizar-se desse meio de prova, seguindo o raciocínio de Fernandes (2013).

A primeira seria a camuflagem, ou seja, o agente deve esconder sua verdadeira identidade de policial para garantir o sucesso da medida, uma vez que se assim não o for, de outra maneira não seria possível o conhecimento de informações privilegiadas acerca da organização criminosa objeto da investigação.

Segunda característica dessa técnica é a tramoia, que admite que o agente obtenha a confiança dos suspeitos, que estão sendo vítimas da investigação, pois irá se comportar como tal, agindo da mesma forma que os outros, para não levantar suspeita e garantir a captação de informações.

E, por último, a interação, uma relação de forma direta entre o agente infiltrado e os possíveis criminosos, tendo em vista que essa é ainda fase de investigação, não se tendo plena certeza e elementos contundentes de provas para garantir que de fato, quem está a ser objeto dessa técnica, seja de fato culpado.

4 | CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO

Quanto ao conceito de agente infiltrado, é aquele funcionário da polícia, que se utiliza de identidade falsa para conseguir penetrar no interior da organização criminosa a fim de, conseguir informações privilegiadas a cerca dessas organizações e com isso, desarticulá-la. (SALAROLI, 2008, *online*)

Esse agente infiltrado poderá ser testemunha do processo em que participa, conforme os artigos 10 a 14 da lei nº 12.850/13, pois ele funcionará como um importante informante, vez que presenciou diversos fatos que muito valor possui para a solução do processo e para se chegar a verdade fática.

O infiltrado trará ao processo ou indicará elementos de provas ao magistrado, para que seu depoimento obtenha grande valor dentro do processo que está utilizando da infiltração. As provas podem ser fotos, áudios, e-mails, documentos, ou quaisquer outras que sejam admitidas em direito, tudo isso para fundamentar e aumentar o valor probatório da técnica em estudo. Esse material probatório aumento de valor dependendo do nível da infiltração do agente dentro da organização criminosa.

É importante, também, que quando for o agente infiltrado testemunhar, tenha sua verdadeira identidade protegida para proteção sua e de sua família, com vistas a ter sua segurança garantida, se utilizando dos dispositivos dispostos na lei 12.850/13 e de forma subsidiária, os artigos da lei 9.807/99, a lei de proteção a testemunhas.

Uma questão importante a ser ressaltada é sobre a responsabilidade do agente infiltrado, pois quando esse agente é autorizado a se infiltrar e fazer parte da organização criminosa, ele automaticamente está sujeito a praticar crimes, mas deve-se atentar ao fato que é necessário estabelecer limites a essa atuação do agente.

Fernandes (2013, *online*) explica que o tema em questão é bastante controverso,

dependendo de qual corrente doutrinária será adotada. Há quem seja contrário a corrente que o agente está autorizado a prática de crimes e outra que o agente poderá praticar delitos para manter a investigação em sigilo e não ter sua identidade descoberta, vez que isso causará enormes prejuízos tanto para o Estado como para o agente, ficando exposto as ações dos criminosos.

4.1 Distinção entre a pessoa do agente infiltrado e do agente provocador

O agente infiltrado é a autoridade policial, seja civil ou federal, que ingressou através de concurso público, indicado por seu supervisor e tendo feito o treinamento necessário, a fim de ser aceito e admitido dentro da organização criminosa, e no caso específico deste trabalho, no meio dos traficantes, para conseguir provas necessárias para constatação dos crimes praticados e a devida apuração de responsabilidade os crimes praticados pelos autores, com a conseqüente desarticulação da organização criminosa investigada. O infiltrado, objetiva ainda, conseguir provas de crimes cometidos no passado e os crimes que estão sendo praticados no presente, no decorrer que acontece sua infiltração. (SOUSA, 2015, online)

O agente provocador, tem semelhanças com o infiltrado, mas com ele não tem como confundir. O conceito de agente provocador é definido como o agente que, no desempenho de suas funções de forma irregular, incita uma conduta criminosa nos terceiros que estão ao seu redor, tomando todos os cuidados para que o autor seja flagrado no ato da atividade delituosa, contudo, essa ação é considerada nula, configurando-se como crime impossível, não havendo crime algum a ser apurado.

Por isso, segundo a doutrina dominante, a atuação do agente provocador é ilegal, criando uma situação ilusória, ao mesmo tempo afrontando o princípio do devido processo legal estabelecido para um Estado Democrático de direito. A atuação do agente provocador é tão prejudicial que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 145 trazendo o seguinte entendimento: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Esses dois institutos apresentados não se confundem dentro do direito, uma vez que a atuação do agente infiltrado é prevista em lei e em tratados internacionais como técnica especial de investigação a cargo da polícia, podendo, entretanto, variar de acordo com o país e com a legislação adotada, quem poderá ser a pessoa do agente. Esse agente não cria um cenário favorável a prática de crimes, ele simplesmente espera que os fatos ocorram para que assim possa reunir as provas para desarticulação da organização.

O agente provocador não encontra previsão legal dentro do ordenamento jurídico, sendo repudiado na maioria dos países, como Estados Unidos, Portugal, Alemanha, estabelecendo, inclusive na doutrina que não se pode fazer uso desse tipo de agente para participar da infiltração, uma vez que se trata de um agir ilegal e desleal, levando pessoas a prática de crimes. Apesar disso, não há dolo na conduta do investigado,

restando caracterizado o crime impossível, além de se configurar como uma prática inquisitorial, muito característica dos tempos da ditadura.

No caso do agente provocador, é como se ele armasse uma emboscada que seria quase certo que o suposto criminoso caísse nesta. Logo, em decorrência lógica desse entendimento, quando o flagrante é provocado, é considerado ato nulo, restando caracterizado a figura do crime impossível.

5 | PROCEDIMENTO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL PREVISTO NA LEI 11.343/06

Quanto a parte procedimental, a lei prescreve que a infiltração pode ser requerida tanto pelo Ministério Público como por representação da autoridade policial, devendo conter a necessidade de sua utilização, quais as tarefas que os agentes infiltrados deverão desenvolver e se possível, os nomes, alcunhas e o local onde ocorrerá a infiltração. Cabendo ao Ministério Público acompanhar a forma como está sendo executada, podendo ser solicitado pelo delegado de polícia ou pelo membro do ministério público, relatórios das atividades a serem desempenhadas pelo agente infiltrado, conforme a previsão do artigo 10, parágrafo 5º da Lei 12.850/2013. Quando a infiltração for autorizada, o desempenho das atividades deverá ser acompanhado e fiscalizado pelo Ministério Público, já que ele funciona como custos legis dentro do processo.

O pedido de infiltração deve ser necessariamente na fase do inquérito policial, conforme estabelecido no artigo 10 da lei de organização criminosa, por isso não caberá essa medida em outros mecanismos investigatórios. Desta forma a lei estabelece que o período de ocorrência deverá se dar dentro da fase investigatória, não tendo lógica que a infiltração ocorra no decorrer da ação penal, vez que as provas devem já estar nos autos para o processamento dos acusados, conforme Bittencourt (2014).

O artigo 12, parágrafo 2º dispõe que a denúncia deverá estar acompanhada com as informações da infiltração de agentes do grupo criminoso investigado. O marco inicial do processo se dá com o oferecimento da peça acusatória pelo Ministério Público, portanto, a partir disso não é mais possível que a infiltração aconteça, uma vez que o processo já se iniciou, estando preclusa qualquer possibilidade da infiltração ser solicitada.

Sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, essa técnica policial somente será autorizada se nenhuma outra medida de investigação tiver resultado eficaz para esclarecimento de fatos que tenham relação com os crimes praticados pela organização criminosa. É uma medida extrema e excepcional, ou seja, caso não seja possível a obtenção de provas por outros meios disponíveis em direito, de acordo com o que dispõe o parágrafo 2º do artigo 10 dessa lei, em virtude de, segundo Machado (2014), ocasionar diversos problemas e riscos para o agente, assim como também para quem será investigado, pois seus passos serão rastreados pela polícia

e conseqüentemente, terá sua intimidade violada de alguma maneira.

No que diz respeito ao tempo de duração da infiltração de agentes, o artigo 10, em seu parágrafo 3º da lei 12.850/2013, versa que a infiltração não terá prazo superior a seis meses, podendo ser renovada pelo mesmo prazo, se houver necessidade, devendo ocorrer durante a fase pré-processual, que se dá antes do oferecimento da denúncia. Com isso, tal momento se amolda ao prazo do inquérito policial, que o Código de Processo Penal, em seu artigo 10 estabelece ser de 30 (trinta) dias, caso indiciado esteja solto, devendo a infiltração também ocorrer e terminar nesse período, em consonância com o que consta na lei.

A parte final do artigo 10 estabelece que, a infiltração terá que ser autorizada judicialmente, caso contrário é tida como inválida, não sendo capaz de funcionar como meio de prova, perdendo sua validade processual, necessitando que essa autorização ocorra previamente, a fim de que esta possa ser utilizada como meio de aquisição de provas, incluindo-se outros meios de provas e condutas que podem ser usados enquanto a infiltração é executada. Portanto, é notório tal ato estar sujeito a reserva jurisdicional.

6 | A CONSTITUCIONALIDADE DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Há divergências doutrinárias e jurisprudências quanto a constitucionalidade da infiltração de agentes no Brasil, devendo ser aqui explanado os diversos entendimentos e fazer a defesa da constitucionalidade dessa técnica com base em argumentos jurídicos.

A grande discussão sobre a constitucionalidade dessa técnica se concentra na seguinte questão: o agente infiltrado possui autorização judicial para quando estiver dentro do meio criminoso praticar crimes. Com isso, algumas questões são levantadas, como se é legítimo a lei dar permissão que um agente cometa crimes em nome do Estado, para obter meios de desarticulação da organização criminosa, tudo isso aliado a ideia de que o mesmo não pode ser responsabilizado na esfera penal pelos atos criminosos praticados. (ASSIS, 2013, online)

Entretanto, há várias decisões judiciais que dizem ser essa técnica constitucional, inclusive cabendo a sua utilização para investigação dos crimes relacionados ao tráfico de drogas, conforme entendimento abaixo exposto.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA OTRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. NULIDADE DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A INFILTRAÇÃO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS. AUSÊNCIA DE ÓBICE À CUSTÓDIA CAUTELAR. 1. Paciente preso pela prática, em tese, dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores. O impetrante sustenta a nulidade da decisão que autorizou a infiltração de agentes policiais, o que culminou na prisão do paciente, sendo igualmente nulo o decreto preventivo. Alega que o decreto

preventivo não apresenta fundamentação idônea, pois não aponta elementos concretos que demonstrem a necessidade da prisão cautelar, estando amparado apenas na gravidade do delito imputado. Alega não estarem preenchidos os requisitos da prisão preventiva e aponta a possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão. 2. Inexiste ilegalidade na infiltração policial e na prova dela obtida. O tráfico de drogas estava consumado desde a realização dos verbos nucleares “trazer consigo” e “ter em depósito”. Precedentes do STJ. 3. Decisão que atende aos comandos constitucionais e legais, porquanto refere concretamente as circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade da custódia processual como garantia da ordem pública. Materialidade e indícios de autoria demonstrados. Precedentes.[..] (Habeas Corpus Nº 70059115725, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 11/06/2014)

Em atenção a constitucionalidade desse meio de prova, deve ser observada que depende de autorização judicial fundamentada, quando há realmente necessidade de sua ocorrência, tendo que ser motivada e acontecer em sigilo, sob pena de frustração da infiltração, devendo o ministério público ser ouvido ou fazer requerimento, seguindo o raciocínio de Greco Filho (2014).

Mas destaque-se novamente: a investigação por meio da infiltração deve ocorrer somente de forma excepcional e de acordo com os pressupostos de necessários indícios da prática de crime pela organização criminosa e de quando não houver outros meios de provas que sejam capazes de elucidar o caso.

7 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA APLICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS DENTRO DA INFILTRAÇÃO POLICIAL

É possível a aplicação e a utilização da infiltração de agentes dentro do crime de tráfico de drogas, tanto com base no que está previsto na lei de drogas, no artigo acima descrito como também por diversas decisões judiciais emanadas pelos tribunais.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. [...] 3. Da sentença também se extrai o grau de complexidade do grupo criminoso em que estava inserido o paciente, tanto que, para o seu desmantelamento, fez-se necessária intensa investigação policial, levada a efeito por escutas telefônicas judicialmente autorizadas e **infiltração de agentes, o que viabilizou a apreensão de elevada quantidade de droga, a saber, 89,3 kg (oitenta e nove quilos e trezentos gramas) de maconha, de propriedade do paciente.** 4. De se ver que a mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 5. Ordem denegada. (HC 190.426/MS, Rel. Ministro OG FERNANDE, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011, grifou-se)

Resta agora demonstrar que existem casos práticos ocorridos no Brasil em que essa técnica se mostrou de grande serventia para a polícia na desarticulação de organizações criminosas. Com o relato abaixo, noticiado pelo Jornal Nacional, no dia 22 de maio de 2015, objetiva-se demonstrar que infiltração funciona e atua como grande aliada na obtenção de provas, podendo ser utilizada se for desenvolvida da

maneira correta e atendendo a todos os requisitos legais.

Agente infiltrado ajuda a investigar fraudes no Paraná

O delator da corrupção na Receita estadual do Paraná, em Londrina, prestou mais um depoimento nesta sexta-feira (22). O Jornal Nacional teve acesso a detalhes das investigações que levaram à prisão dos acusados de envolvimento. O homem que aparece à esquerda no vídeo é o policial que mudou de lado. Os investigadores contaram que André Luiz Santelli fazia parte da quadrilha que agia na Receita Estadual em Londrina. Auditores cobravam propina de empresários que deviam impostos. Em troca, anulavam ou reduziam as multas. Santelli já foi funcionário da Receita Estadual e tem um irmão, Paulo Henrique Santelli, que ainda trabalha no órgão e que faria parte do esquema. A missão do policial era subornar um agente do Gaeco, o Grupo de Combate ao Crime Organizado. “O objetivo era obter informações das investigações que estavam em curso no Gaeco, ou no Ministério Público como um todo, para se prepararem contra eventuais medidas que fossem adotadas em desfavor deles”, afirmou Cláudio Esteves, promotor do Gaeco. Os promotores de Londrina foram informados do primeiro contato em junho do ano passado. E pediram para que o agente do Gaeco mantivesse as negociações e fingisse colaborar com a quadrilha. Toda ação foi monitorada com a autorização da Justiça. Em uma das conversas, Santelli diz para o agente que o preço das informações ainda está sendo negociado com a quadrilha. “Eu ia propor: você querum negócio assim? Então dá milhão aí. Dou 500 pro cara, 500 pra mim, é um negócio simples”, afirmou André Luiz Santelli. Em um outro encontro, Santelli pergunta se há investigações em andamento no Gaeco e quem são os alvos. “Nem precisa falar nome. Ó apareceu fulano lá, ciclano sei lá. Parece que tem um bochicho de alguém. É isso que o pessoal quer ouvir”, disse André Luiz Santelli. Após cada conversa, Santelli telefonava para tranquilizar os auditores da Receita. Auditor: Posso ficar tranquilo? André Luiz Santelli: Fica tranquilo. Auditor: Então, está bom. André Luiz Santelli: Não é nada de espetacular, não. As investigações duraram até janeiro. O Gaeco prendeu o policial André Luiz Santelli, o irmão dele Paulo Henrique Santelli, o auditor Luiz Antônio de Souza e mais 17 pessoas. [...] (AGENTE..., 2015)

O caso trata-se de uma infiltração que ocorreu dentro de uma organização criminosa que atuava na Receita Estadual em Londrina. Os auditores que eram funcionários da receita cobravam propina de empresários que deviam impostos e, em troca, cancelavam a dívida ou a reduziam. A missão do policial infiltrado era comprar um agente do Grupo de Combate ao Crime Organizado. Toda a ação foi monitorada pela justiça e ao final, como consequência da infiltração ter sido bem-sucedida, houve várias prisões e uma delação premiada.

E, no que diz respeito ao tráfico de drogas, as vantagens são mais específicas, como por exemplo, descobrir quem são os grandes traficantes, os que realmente dominam esse meio, quem são os fabricantes de alguns tipos de drogas, quais os nomes dos chefes, bem como descobrir nome de grandes empresários e pessoas que são muitas vezes conhecidas do povo, entre outras.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, essa técnica é relevante no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser utilizada sempre que necessário para a garantia de uma efetiva atuação policial e uma investigação bem-sucedida. Suas vantagens são inúmeras, como a

possibilidade de saber os nomes dos grandes traficantes, dos chefes das organizações criminosas, as formas como pretendem realizar os crimes, os nomes dos envolvidos nos crimes, dentre outros aspectos.

O grande problema é que, muitas vezes, a polícia, para obter os meios necessários se exacerba em sua atuação e acaba contaminando de ilegalidade essa técnica, por isso, o cuidado deve ser redobrado e observação dos seus requisitos também para que ocorra dentro da legalidade e gere os resultados esperados.

Por isso, a infiltração de agentes que já é aplicada tanto para “desmantelamento” das organizações criminosas como para o tráfico de drogas, deve continuar a ser aplicada. Entretanto, há que se estabelecer por parte do governo uma maior formação para os agentes de polícia no sentido de conhecimento e aplicação da prática de infiltração de forma eficiente.

Com base nos dados apresentados, pode depreender que a infiltração é um meio necessário de prova, importantíssimo no enfrentamento da dura realidade que se apresenta atualmente, com o fim de desarticular as organizações criminosas e obter provas para fundamentar as prisões dos envolvidos, tendo sido incluída na lei de drogas pelo seu alto grau de eficácia.

Com os assuntos abordados no decorrer do trabalho, percebe-se que a infiltração de agentes é um meio especial de provas, vez que não é comum sua utilização e requerer muitos cuidados, tendo muitas peculiaridades frente aos outros meios de prova, exigindo atenção, vez que a autoridade policial que estiver a frente dela, se não observar todos os ditames da lei e os cumprir de modo fiel, essa medida pode tornar-se ilegal e conseqüentemente, não poderá ser usada nos autos do processo, o que causaria um grande prejuízo, tanto para o Estado como para as pessoas envolvidas, sejam as vítimas, o próprio agente infiltrado, como também para os familiares destes.

É importante que quando essa técnica for ser adotada, tenha-se um planejamento com os envolvidos, informando quais os limites de atuação destes, com vistas a garantir a sua legalidade e assim não deixar os criminosos impunes, tendo, o Estado, dever de observância nesse sentido.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Daniel Thadeu de. **A Figura do Agente Infiltrado e sua (in) compatibilidade com a Constituição**. 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10043>. Acesso em: 16 de jul de 2017.

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

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, Senado, 1941.

_____. **Lei no 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no

9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. DOU de 02 de agosto de 2013

_____. **Lei no 11.343/2006**, de 22 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. DOU de 23 de agosto de 2006.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Comentários a Lei de Organização Criminosa**: Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. 304 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502227071/cfi/0!4/4@0.00:42.6>>. Acesso em: 16 ago 2017.

FERNANDES, Wellington Henriques. **Considerações acerca da possibilidade da infiltração policial como meio de prova ante a criminalidade organizada**. Conteúdo Jurídico. Fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acercadapossibilidade-da-infiltracao-policial-como-meio-de-prova-ante-a-criminalidadeorganiza,42188.html>>. Acesso em: 02 de ago. de 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários a Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014. 104 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502217805/cfi/1!4/4@0.00:10.3>>. Acesso em: 16 de ago de 2017.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**. São Paulo, 2010. Disponível em: file:///C:/Users/Graziele/Downloads/Infiltracao_policial_Maria_Jamile_Jose%20(7).pdf. Acesso em: 15 jun. 2017.

MARTINS, Benedito Mamedio Torres. **Elementos para Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Nelpa, 2011. Disponível em: https://ficheros2012.s3.amazonaws.com/09/26/lm_1_3_399570214_in1_75_131.pdf?AWSAccessKeyId=ASIAI4HD4PKGQDND3I3Q&Expires=1459926010&Signature=d%2B%2Fxaf9CCZ0%2FQ0CFILJH15uBP0w%3D&x-amz-securitytoken=AQoDYXdzElb%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F%2F. Acesso em: 09 de jul 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Tráfico e associação para o tráfico de drogas. Elevada quantidade de entorpecente. Organização criminosa. Não aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06. Habeas Corpus nº 2010/0210639-0. Relator: Ministro Og Fernandes. Dje. Brasília, 04 abr. 2011. Disponível em: <http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:2/infiltração+de+agentes+tráfico+de+drogas/WW/vid/271120130>. Acesso em: 13 ago de 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012. 979 p.

PEREIRA, Flavio Cardoso. **Meios extraordinários de investigação criminal**: infiltrações policiais e entregas vigiadas (controladas). Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 6, n. 1, p.199-226, jan – jun/2007. Disponível em:<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000154bc15bcc12c13cf2b&docguid=l1375ede0f25211dfab6f0100000000&hitguid=l1375ede0f25211dfab6f010000000000&spos=4&epos=4&td=10&context=15&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 13 de ago de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. Tráfico de drogas. Associação para o tráfico. Corrupção de menores. Decreto de prisão preventiva. Nulidade da decisão que autorizou a infiltração policial. Inocorrência. Decisão suficientemente fundamentada. Garantia da ordem pública. Condições pessoais. Ausência de óbice a custódia cautelar. [...] Relator: Júlio Cesar Finger. Data do julgamento: 11/06/2014, primeira câmara criminal. Dje. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130479586/habeas-corpus-hc-70059115725-rs>>. Acesso em: 30 de jul de 2017.

SALAROLI, Rafael Rodrigo Pacheco. **Infiltração policial no Brasil**: Sim, não é possível. Segurança Pública & Cidadania. Brasília, v. 1, n. 2, p.79-103, dez. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/73/81>>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Processo Penal II**: Provas - questões e processos incidentes. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171800/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 15 agos. de 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 3 v.

A JURISDIONALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO E EXECUÇÃO PENAL

Gabriela Alonge Almeida Leite

Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail gabrielaleite98@outlook.com

Mariana Gabriela Donha GIMEN

Discente do 3º curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail marianadonha@hotmail.com

RESUMO: Em síntese o trabalho trata não só da persecução penal mas da execução penal, na qual abordaremos também os direitos do condenado como assistência a educação, assistência a sociedade, e de qual forma ele retorna a sociedade. Com o objetivo de dar a devida importância a esse tema.

Assim como a persecução penal trata das fases que é a investigação criminal e a processual como destrinchada no presente trabalho. Temas como a indisponibilidade e a intranscendência da persecução penal também será discutido. E por fim todos os princípios que norteiam o direito processual penal voltado a execução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução. Persecução. Constitucionalidade. Princípios. Direito ao condenado.

1 | INTRODUÇÃO - PERSECUÇÃO PENAL

A persecução penal, ou também chamada de persecução criminal ou persecutio crimininis, é um conjunto de atividades desenvolvidas (investigar e acusar) pelo Estado que permite a esse o poder de punir o autor de alguma infração cometida, já que ele é o tutor de tal bem jurídico. Em outras palavras, persecução é perseguir, procurar identificar o autor do crime, suas circunstâncias, seus motivos, dentre outros elementos para esclarecer a prática do crime cometido e conseqüentemente aplicar uma punição ao acusado como forma de repreender sua conduta proibida por lei e também para convencer ou dissuadir um outrem a não praticar esse delito.

Para isso, o Estado cria dois órgãos na persecução penal, são eles: A Polícia Judiciária, na qual atua na investigação e, o Ministério Público, que atua na acusação, esses dois órgãos são persecutórios, ou seja, de perseguição ao crime.

A polícia civil notifica o Ministério Público a notícia de um fato criminoso, e este por sua vez, faz a denúncia ao Juiz, indicando o autor do delito, para que o Magistrado realize seu poder jurisdicional a fim de julgar procedente e puni-lo, ou, improcedente.

Então, a persecução penal é um procedimento brasileiro que se divide em duas fases: investigação criminal e o processo penal.

1º Fase - Investigação Criminal

Essa fase diz a respeito do inquérito policial, na qual, colhe informações para a apuração do fato, analisando-se a infração penal e sua autoria, e assim, tomar as devidas medidas cautelares. Confirma-se no artigo 4º do Código de Processo Penal:

" A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

Quem investiga restringe os direitos fundamentais com fundamento de obter informações necessárias para apurar o crime, e por mais branda que a investigação possa ser, ela pode ser desconfortável para um indivíduo, pois, o Estado tendo uma informação desfavorável a seu respeito, esta pode ser suficiente para constrange-la, e ainda, o investigado pode ter sua liberdade restringida e invasão de seu domicílio quando houver mandado de busca e apreensão.

Aqui o direito coletivo sobressai sobre o direito individual, para uma melhor investigação e solução para o crime.

Em razão disso, toda a atividade investigatória deve estar exposta ao poder judicial para este apurar a legalidade, possuindo então, controle dos atos investigatórios. Porém, na verdade o ato de investigar é do Poder Executivo, mas quando extrapola, é o poder Judiciário quem deve recuperar os direitos fundamentais que estão sendo violados ilegitimamente. Todo ato de investigação deve ser por escrito e organizado em documentos, para assim, extrair efeitos jurídicos da investigação, tendo total relevância para diferenciar informações que advêm da imprensa das informações que advêm do Estado.

2º Fase – Processual

Nessa fase, observamos o contraditório e à ampla defesa, onde como regra, cabe ao Estado iniciar a Persecução Penal, pois este tem o dever de punir,

apurar e processar, solucionar as lides apresentadas e aplicar a lei no caso concreto.

2 | PROCESSO PENAL

Ao falar de processo penal, não podemos deixar de comentar a história do

surgimento do Direito Processual Penal, que por sua vez, foi criado para governos de regimes totalitários, a fim de, adquirir informações sobre os cidadãos e aplica-los a uma punição, com o objetivo de excluir pessoas indesejadas da sociedade e passíveis de discriminação.

Já na Idade Média, o Processo Penal, serviu para identificar o herege (indivíduo que professa uma heresia, ou seja, aquele que questiona certas crenças estabelecidas por uma determinada religião, e em outras palavras ainda, é aquele ser que é contra dogmas de tal religião), para puni-lo e queima-lo vivo, portanto, a punição não era para proteger o Estado Democrático, mas como forma de opressão.

O Processo Penal Nazista, por sua vez, não tinha como objetivo a justiça, mas sim buscar os Judeus e exterminá-los pelo fato de serem indesejados. Aqui no Brasil, durante o regime militar, o processo penal servia para localizar as pessoas que se contestava ao regime. E ainda, foi criado um interrogatório, e neste, ocorriam sessões de tortura onde o réu era obrigado a assinar como se tivesse confessado os crimes pelos quais estava sendo acusado. Deste modo, as pessoas eram perseguidas e eliminadas.

Mas hoje, o Estado Democrático de Direito, versa uma nova visão do Processo Penal, tornando-o uma ferramenta de aplicação justa ao Direito Penal.

E conceituamos o Processo Penal como um ramo da ciência jurídica que regula e limita a atividade de persecução do Estado, fazendo valer a pena uma aplicação justa do Direito Penal na solução de conflito de interesses entre o poder de punir do Estado e o Direito de Liberdade do réu, sendo estes, direitos materiais e constitucionais.

3 | AÇÃO PENAL

A ação penal é um direito proferido ao Ministério Público para provocar a atividade jurisdicional do Estado, onde este possui o dever de aplicar o Direito Penal ao caso concreto e objetivando a solução dos conflitos existentes e conseqüentemente alcançando a paz social.

a. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

A ação Penal Pública Incondicionada, é aquela onde o Ministério Público tem a legitimidade e autonomia para o exercício do Direito de Ação, não precisa de representação da vítima.

b. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

Ação Penal Pública Condicionada à representação, é aquela onde o Promotor só poderá acusar o processo, quando é permitido pela representação, aqui, ele tem sua autonomia suprimida, dependendo, portanto, da representação para ter o exercício do direito de ação, mas sua legitimidade ainda consiste.

4 | INDISPONIBILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL

O Art. 3º da Lei Complementar nº 75, que "Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União", reza o seguinte:

"Art. 3º. O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

[...]

d) a indisponibilidade da persecução penal.

A indisponibilidade da Persecução Penal refere-se as duas fases descritas neste artigo, a investigatória e a processual, alegando que o Delegado não pode abrir mão do inquérito e nem o promotor abrir mão da ação.

Em resumo, o delegado e nem o promotor podem arquivar um inquérito, pois esta competência se dá ao Juiz e ao Procurador Geral. O promotor pode no máximo pedir que seja arquivado, pelas provas apresentadas a ele, para a absolvição do réu, não podendo desistir da ação, sendo portanto, este pedido parte da ação, não ferindo o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal.

O juiz pode condenar o réu, mesmo quando o desejo do promotor é que este seja absolvido, e pode o promotor entrar com o pedido de habeas corpus a favor do réu. Então, a indisponibilidade é aplicada tão somente na ação, mas não o mérito, sendo que o réu estava sendo julgado, portanto polo passivo, de uma ação em que o promotor proferiu, no polo ativo.

5 | INTRANSCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL

Aqui é uma versão processual do Princípio da Intranscendência da Pena, onde diz, que a pena não deve passar da pessoa do condenado, portanto, a persecução penal não pode causar impactos em outras pessoas que não estejam envolvidas no crime, somente as pessoas envolvidas neste.

A luz da esfera da teoria monista, o crime é enxergado como um fenômeno que vincula somente as pessoas que participaram de certa forma no crime, e estas responderão juntas no processo, recebendo uma pena proporcional na medida da sua culpabilidade.

6 | INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

A persecução penal não pode ser fragmentada entre os autores do crime, não existe processar somente um e não processar o outro que também participou do crime, então, se for acusar um réu, os outros réus deverão ser acusados também, isso é mostrado novamente pela teoria monista.

Podemos citar o Princípio da Isonomia, onde todos deverão ser processados, sem escolha de somente um, ou seja, se dois ou mais infratores cometeram o delito,

não é possível escolher um para uma queixa, mas sim acusar todos.

Exemplo: se o crime foi cometido por “A” e por “B”, a ação penal deverá ser ajuizada contra os dois, não podendo, em regra, ser proposta apenas contra um deles, salvo se houver algum motivo jurídico que autorize (um deles já morreu, é doente mental, é menor de 18 anos, não há provas contra ele etc.).

O Princípio da Indivisibilidade da Ação Penal está previsto no artigo 48 do Código de Processo Penal: A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

7 | EXECUÇÃO PENAL

A execução penal nasceu dos órgãos administrativos do Estado, no qual exercia o direito de punir através das medidas de segurança, e por meio das sanções penais, que é fixada por sentença, que tem por finalidade a harmonia e a paz social.

Execução Penal é procedimento destinado a aplicação de penal e medida de segurança fixada por sentença, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condição para a harmonia e integração social e do internado.

Em outras palavras na fase de conhecimento do processo passa da execução com o transitado em julgado para a sentença, se tornando título executivo judicial. Na execução se sentença será cumprida, ou seja, vai executar a pena privativa de liberdade, restritivas de direito ou pecuniária.

Porem, Henny Goulart diz para que a reeducação de um individuo seja alcançado,

“ É preciso levar em conta as características do individuo, suas aptidões e o ambiente que terá que viver, procurando-se realizar a reeducação por meio de uma serie de tratamentos compatíveis com a limitação da liberdade pessoal e com o respeito á personalidade humana, de forma a tornar o individuo capaz de adequar-se ao mínimo ético jurídico – social.”

No artigo 10 da LEP, trata justamente do direito que o individuo tem da

assistência judiciaria, ou seja, busca um tratamento digno, em que se procura dar melhores condições ao condenado para poder incorporar valores Éticos – Sociais e voltar a ser aceito em uma sociedade preconceituosa, que estão ligados diretamente com a perspectiva finalística da pena, observa-se também aqueles que já cumpriram a sanção penal e estão inseridos na sociedade novamente.

8 | PRINCIPIOS DA EXECUÇÃO PENAL

A lei de execução penal é feita de atos administrativos, mesmo tendo natureza jurídica mista, no Art. 2 da LEP tratou expressamente sobre a “jurisdição dos juízes”,

demonstrando que o que prevalece é a jurisdicionalidade sempre, logo a jurisdição existe ao longo de todo o processo penal. E a jurisdição tem a principal função de solucionar os conflitos.

Paulo Lucio diz a respeito dos princípios :

“Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável à existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual se deve entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.” (NOGUEIRA, 1993, p.7)

O Direito de Execução Penal assim como qualquer ciência, esta baseada em princípios, que atua sobre a liberdade humana, são princípios guiados pelas garantias da constitucionalização dos direitos humanos, e esta intimamente ligado a dignidade da pessoa humana com a atuação do Estado na execução da pena. Esses princípios estão pautados a determinados princípios fundamentais, de ordem garantia e consagrada nos termos reais, sobre tudo no Poder Judiciário é retirada da esfera administrativa penitenciária.

9 | PRINCIPIO DA LEGALIDADE (ARTIGOS 2º E 3º DA LEI N.º 7.210/84)

Hely Lopes Meirelles (1991, p. 78):

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'”.

Além desses artigos elencados (Art.2º e 3º da Lei nº 7.210/84) esse principio também esta previsto no Artigo 5º, incisos XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L da Constituição Federal, em geral este principio tem como base impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito penal, assim sendo, o condenado só recebera sanções administrativas quando praticar as faltas disciplinadas do Art. 49 á 52 da LEP.

Contudo, o sentenciado terá a execução da sua pena de acordo com o que a lei dispuser, sendo que ninguém poderá ser privado da sua liberdade sem que instaure o processo legal, não pode negar o acesso a liberdade quando a lei autorizar, caso fique preso em um tempo maior do que o estipulado, estará cometendo uma injustiça com o condenado.

a.PRINCIPIO DA IGUALDADE

O principio da isonomia esta previsto no Art.5º “caput” da Constituição Federal,

no que se refere são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, injustificáveis pela Constituição Federal, e tem por finalidade circunscrever a atuação do legislador, interprete ou autoridade pública e do particular.

“O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais”. (BULOS, 2002, p. 79).

Dessa forma ninguém poderá sofrer tratamento discriminatório durante a execução penal, salvo as distinções em face do mérito pessoal do sentenciado e das características individuais de cada execução.

As partes em juízo devem ter o mesmo tratamento igualitário, porém esse princípio pode sofrer alguma atenuação por conta do princípio favor rei, o acusado sofre alguma prevalência em contraste com outra pretensão punitiva.

b. PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE

Esse princípio expressa que a intervenção do juiz no processo, na execução do processo é eminentemente jurisdicional, sem excluir os atos acessórios, de ordem administrativa, que acompanham as atividades do magistrado. Este está previsto no Art. 2º da LEP que estabelece: “Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.”

A participação do juiz na execução da pena não decorre unicamente do princípio da proteção judiciária, consagrada expressamente no texto constitucional. A lei determina também a aplicação dos princípios e regras dispostos no Processo Penal, como consequência lógica a integração da medida de segurança com o direito de execução das penas, e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente que regula em caráter fundamental os problemas postos pela execução.

c. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Encontra-se previsto no Artigo 5 da Constituição Federal, no inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.", também é chamado de princípio da não culpabilidade. Este princípio permite que o acusado produza provas para a sua defesa, além disso as partes devem ter ciência de todos os atos e decisões tomados no processo, dando-as a oportunidade de se manifestar previamente ao seu respeito.

“O processo é conduzido pelo judiciário, dentro dos ditames do devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais referentes a um processo penal com ampla defesa, o contraditório, presunção de inocência etc. Também é de competência do juiz a resolução dos incidentes e demais questões que sobrevenham à execução da pena. (BRITO, 2013, p. 28)”

Nesse período de cumprimento de pena ainda é marcante a fase administrativa havendo inclusive a autonomia dos órgãos administrativos, tais como: permissão para o trabalho externo, a remoção de presos entre os estabelecimentos dentro de um

mesmo Estado, etc. Esse é um dos motivos da natureza da Execução Penal ser mista tratando-se de atividade jurisdicional e administrativa.

Nesse princípio deve ser aplicado a bilateralidade das, ou seja, tem que ter a ciência e a participação das partes, deve-se praticar todos os atos possíveis para o convencimento do juiz.

d. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípio da racionalidade tem que ter vinculação justa entre o delito e a sua consequência jurídica. Este princípio possui grande incidência na execução da pena, uma vez que a pena não poderá em hipótese alguma ser superior a dimensão do ato praticado pelo condenado, há também a anuência e aplicabilidade do princípio da culpabilidade nesse viés, devendo a pena atender os parâmetros da culpa. Este está disposto no Artigo 185, da LEP, tendo a finalidade que deveria ser estabelecida a consoante a classificação do condenado, de modo que deve ser fixado a mesma correspondência da gravidade do delito praticado, e assim a personalidade o reeducando, de modo que tenha adequação proporcional.

e. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Esse princípio também é chamado de princípio da pessoalidade, define que as penas impostas a mais de um indivíduo condenado não são idênticas, cada um é atingido por sua proporcionalidade, ou seja, cada pena é adequada a cada indivíduo conforme a sua conduta.

Conforme verifica o Art. 5º o, inciso XLVI, quando assevera que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos."

Portanto este princípio é constitucional, mostrando o legislador que se desobedecer estaria violando a própria magna carta. Sendo que a individualização da pena tem três momentos: a cominação, a aplicação ao caso concreto e o da execução da pena.

f. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos processuais da execução penal são públicos, essa publicidade poderá ser limitada em casos de segredo de justiça que coloca em exposição a intimidade do sentenciado ou caso coloque em risco a sociedade. Previsto no Art. 5º inciso LXI da CF: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir."

10 | DIREITOS DO CONDENADO

Mesmo o cidadão preso ele deve manter seus direitos mínimos que estão assegurados pela Constituição Federal e pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), direitos a assistência judiciária, educação, saúde e trabalho para a remissão de penas.

O regramento previsto no Art. 3º da LEP ("ao condenado e ao internado serão

assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”) abrange os presos provisórios (é aquele que se encontra segredo cautelarmente, por força, de prisão em flagrante), prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de pronuncia ou sentença condenatória recorrível. O Art. 2º, parag. único sugere que as disposições normativas no que se refere a execução penal se aplicam igualmente aos presos provisórios sem distinção, de modo que recai sobre ele todos os direitos e deveres do condenado.

Ao preso é assegurado todos os direitos mesmo aqueles não previstos na sentença condenatória seus direitos só podem ser limitados em casos expressamente previstos na lei de execução penal.

Por isso que foi citado todos os princípios acima como o da individualização da pena, da humanidade, da proporcionalidade todos esses asseguram a dignidade, a liberdade, a privacidade, etc.

Para o legislador há uma preocupação maior com o preso provisório e sua separação com os demais condenados, por sentença em julgado, conforme o que diz no Art. 84, da LEP (“O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”), essa medida esta constante no Código de Processo Penal, conforme a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011, ao Artigo 300, “caput”, informou a obrigatoriedade da referida separação, em alguns Estados como São Paulo, há presídios destinados aos presos provisórios, denominados de Centro de Detenção Provisória, substituindo os nomes de Cadeias Públicas.

A execução provisória traduz-se no fato do condenado poder alcançar benefícios antes do transito em julgado da sentença condenatória, entretanto vem sendo admitida e sumulada pelo Supremo Tribunal Federal na sumula 76: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação imediata de condenatória.”

Na Lei de Execução Penal expressamente nos artigos 41, 42 e 43 que descrevem os direitos dos presos, bem como alimentação, vestuário, atribuição a trabalho e sua remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, descanso e a recreação, exercícios de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatível com a execução penal. Na fase de execução penal, o Estado busca aplicar a sanção penal justa e adequada, ou seja, a sanção que estiver em conformidade com os aspectos objetivos e subjetivos da infração penal.

Os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o condenado deve cumprir a pena imposta em contraponto nasce para o condenado o exercício dos direitos contidos na constituição, ou em legislação ordinária, como previsto no Artigo 3º da LEP já analisado, o legislador se preocupou em conservar os direitos não

atingidos pela sentença condenatória, decorrentes dos próprios princípios naturais citados.

Atualmente o juízo da execução penal como Jason Albergaria cita:

“A execução da pena esta sujeita ao controle judiciário. A função do juiz não se exaure na entrega da prestação jurisdicional. Não termina na fase de conhecimento, mas prossegue na fase de execução. Essa intervenção da autoridade judiciaria alterou a natureza da execução, modificou a sua natureza jurídica, porque execução tece sempre caráter administrativo. A urisdicionalização da execução penal constitui profunda mudança provocada pela politica penitenciaria, pois a execução da pena foi sempre atribuída a funcionários administrativos.”

A lei de execução penal é relevante no que se trata do fato que a atividade jurisdicional do Estado não se esgote com a entrega da pronuntativo idicis (sentença judicial) integrada no processo de conhecimento, mas que iurisdictio (“dizer o direito”, ou seja, é o poder de administrar a justiça de uma forma normal ou corrente) se estenda na fase de execução da sanção penal ou da medida de segurança. No artigo 66. da LEP, nos incisos I a V, os atos jurisdicionais podem ser praticados pelo juízo da execução, diferentemente dos incisos VI a IX nos atos administrativos podem ser praticados por aquele magistrado.

Assistência material: Artigo 12 da LEP “ a assistência material ao preso e ao internado consistira no fornecimento a alimentação, vestuários e instalações higiênicas.”, seria redundante dizer que os tratamentos de alimentação e tratamentos do individuo presume-se que seja digno, mesmo sendo o cumprimento de sua pena, porem de modo geral há criticas no que se refere a assistência material prestada pelo Estado que não conjuga com aquilo que a própria lei diz, ou seja, na pratica o Estado simplesmente não cumpre totalmente o seu dever, diante dessa situação que a família que tem algum membro encarcerado vive, sendo que o custeia daquilo que acaba não sendo fornecido pelo Estado de forma correta.

Assistência á saúde: Art. 14 – “A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”. Mesmo o Estado não cumprindo das melhores formas é assegurado, e assim leva por qualidades de vida sendo condição primordial ao condenado, não poderia ser diferente no §2 deste artigo, uma vez que a essencialidade do serviço a ser prestado não podendo ser obstada pelas inercias do poder publico, ou seja o Estado não poderá se omitir quanto a isso.

Prevê também no artigo 14 da LEP, a figura do preso ou internado, vale constar

que só será permitido esse bônus quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para presta-lo, é assim autorizado pela direção do estabelecimento ainda quando não se tratar de emergências e urgências.

Assistência jurídica: esse serviço será prestado caso o preso ou internado não tenha condições de contratar um advogado não tendo prejuízos próprios, por isso as unidades prisionais de todo país tem o dever de proporcionalizar aos detentos, a atividade da assistência jurídica através da Defensoria Pública, segundo o Art. 16, da LEP. Não poderá ser dispensada a presença do advogado para que não descumpra o princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, dessa forma a assistência judiciária é destinada aos presos hipossuficientes.

Assistência educacional: Artigo 17 da LEP prevê que os estabelecimentos penais através dos setores da administração penitenciária, decorrem as atividades intelectuais dentro desse âmbito penal, buscando desenvolvimento educacional, e o aprimoramento da formação profissional dos presos e internados. Portanto devem buscar cada vez mais convênios com entidades públicas ou particulares para efetivar a assistência educacional, e trazer o indivíduo de volta para a sociedade e de forma reeducada.

Assistência social: Artigo 22, da LEP, é uma das finalidades que refere-se a aplicação da sanção penal é a reeducação e a ressocialização do preso ou internado, ou seja, a readaptação do indivíduo na sociedade, há estruturas das unidades penais de modo que possam corresponder aos anseios da ressocialização quanto a sanção penal, essa assistência representa a junção do interior dos estabelecimentos penais e sociedade que é o destino final do preso.

Assistência ao Egresso: artigo 26, da LEP “considera-se egresso para os efeitos da lei: o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída; o liberado condicional, durante o período de prova”. Exemplo: quando é mencionado egresso, não é considerado liberdade restrita. No artigo 25, da LEP demonstra a formalidade de se buscar através da assistência ao egresso, pode ser citada a

orientação e o apoio para reintegrá-la a liberdade, tendo a moradia necessária no prazo adequado de dois meses, quando necessário.

11 | FINALIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A LEP no que se refere ao artigo 1º: “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.” O Estado exerce seu direito de punir castigando o criminoso e vetando o surgimento de novos delitos. Com a estabilidade da punição, mostra para a sociedade que busca por justiça e reeducação, e readapta o condenado socialmente. Sendo assim, no que se trata a execução das medidas de segurança, o Estado objetiva a prevenção do surgimento

de novos delitos e a cura do internado inimputável ou semi-imputável, que apresenta periculosidade.

12 | CONCLUSÃO

Concluimos, portanto, em razão dos fatos mencionados neste artigo, a abrangência dessas instituições, e podemos mencionar com clareza e importância a identificação da atuação de órgãos competentes como a Polícia Judiciária e o Ministério Público na persecução penal e os órgãos previstos no artigo 61 da Lei da Execução Penal 7210/84, a competência para a execução penal, como meios instrumentais de sancionar os conflitos de interesses que surgem no meio da sociedade.

Diante do exposto ainda, foram mencionados e analisados as penas e benefícios ao condenado ao utilizar a Lei da Execução Penal dentro do parâmetro da persecução penal.

Ressalvando, a análise de diversos princípios encontrados nos dois institutos abordado por este artigo, sendo eles constitucionais respeitando os direitos humanos fundamentais e limitando o poder estatal em relação ao indivíduo.

Na persecução penal, o inquérito é a chave, onde busca seu melhor desenvolvimento e uma satisfação punitiva estatal, com o a efetiva investigação da autoridade policial a respeito do fato criminoso. E indo além, é a partir do inquérito que fica explícita a necessidade de prosseguir ou não com o processo, para evitar uma desnecessária ação penal que gera um constrangimento ao indiciado, preservando o indivíduo de uma injustiça. Devendo tutelar as garantias constitucionais expostas na nossa Carta Magna, e claro, assegurar o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

A legislação brasileira, no âmbito constitucional e no âmbito infraconstitucional, protege diversos direitos, mas aqueles direitos que um carcerário possui são diversas vezes violados pelo fato da superlotação nos sistemas prisionais.

Todos nós cidadãos, assim como um preso, possui direito à saúde, à educação, à assistência jurídica, dentre outras que o Estado deve garantir para o nosso bem-estar.

E para que a justiça possa ser realmente feita, é de extrema importância um advogado como intermediador entre o direito e a justiça, sendo essa assistência jurídica prevista na Lei de Execuções Penais, como por exemplo a Defensoria Pública, devendo o Estado garantir aos cidadãos dentro e fora dos presídios. Porém, é um grande déficit do Estado não alcançar devidamente esse objetivo de proteger, tendo diversos impactos e injustiças ao indivíduo preso, que muitas vezes cumpriram sua pena e continuavam com sua liberdade oprimida.

Então concluimos, que a falta de uma boa assistência jurídica, causa uma enorme ineficácia no que diz a respeito dos direitos do preso, e muitas vezes não o bastante para assegurar o direito desses. Portanto, a defesa técnica é de extrema importância para constituir ao preso suas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

Direito de Execução Penal. 3 ed. São Paulo: 2013 Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão, Mario Coimbra.

JESUS, Damásio De. **Direito Penal, 1º Volume – Parte Geral**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal** vol I. Niterói: Impetus, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

A UTILIZAÇÃO DO CRIMINAL COMPLIANCE COMO PARÂMETRO PARA CULPABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Karine Silva Carchedi

Bolsista Capes. Mestranda do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq
karine_carchedi@hotmail.com

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Vinculada ao grupo de pesquisa Globalização, Direito e Economia/CNPq. walkiriamf@terra.com.br

RESUMO: O objetivo da presente pesquisa lastreia-se na consagração da importância da criação de uma política de prevenção, qual seja o *Criminal Compliance*, fins de se obstar a prática de ilícitos, tipificados como crimes, na seara empresarial, bem como a imputação de culpa sobre o agente correto no que tange responsabilização penal, de modo a expor e definir o instituto de *Criminal Compliance* quanto as suas funções, atribuições e finalidades. Objetiva também analisar a sua aplicação como peça fundamental da regulação da pessoa jurídica, promovendo a associação da responsabilidade penal da empresa, e do *Criminal Compliance*, como engrenagem para o planejamento preventivo como solução aos problemas enfrentados pela cultura empresarial. E, por fim, alinhar os fundamentos

responsáveis pela responsabilização penal dos dirigentes da empresa, e também como a inserção da política de *Criminal Compliance* pode assegurar o devido resguardo a estes funcionários. Por meio da pesquisa teórica, pautada no método indutivo, o estudo justifica-se pela análise atual das proposições relacionadas a quem recai responsabilização penal e as funções, atribuições e fundamentos do *criminal compliance*, no Brasil e no mundo, analisando-se também a legislação alienígena e jurisprudência relacionadas.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance. Penal. Responsabilidade

ABSTRACT: The objective of this research is to establish the importance of creating a prevention policy, to qualify the Criminal Compliance, regardless of its practice of crimes, classified as crimes, in the business sector, as well as an imputation of guilt on the agent who is not responsible for criminal liability, in order to expose and define the Criminality institute, as the two functions, duties and purposes. It also aims to analyze its application as a fundamental part of the regulation of the legal entity, promoting the association of criminal liability of the company, and Criminal Compliance, as a tool for preventive planning as a solution to the problems faced by the corporate culture.

And, finally, to base the foundations responsible for the criminal responsibility of the directors of the company, and also how the insertion of the Criminal Compliance policy can ensure due protection to these employees. By means of the theoretical research, based on the inductive method, the study is justified by the current analysis of the propositions related to who falls criminal responsibility and the functions, attributions and foundations of criminal compliance in Brazil and in the world, also analyzing the legislation alien and related jurisprudence.

KEYWORDS: Compliance. Criminal. Responsibility

INTRODUÇÃO

A livre atuação da pessoa jurídica na seara empresarial tem se tornado cada vez mais complexa uma vez que determinadas condutas vêm sendo tipificadas como crimes, como pode-se analisar quando se observa das inúmeras leis relacionadas a crimes tributários, crimes contra a ordem econômica, leis anticorrupção, lavagem de dinheiro, etc.

Desta feita, há de ser ressaltado que medidas sócio-político-criminais são levadas em consideração pelo órgão legislativo, em consonância a excessiva criminalização de condutas, mesmo que estas possam ceifar princípios e fundamentos do ordenamento jurídico pátrio. Isso porque o legislador acaba por ignorar a materialidade do fato típico, assim como ignora a obrigação de se alcançar efetivamente o agente causador deste crime.

Tais medidas sócio-político-criminais fundam-se na responsabilidade penal da empresa, mais especificamente na responsabilidade objetiva (na pessoa do empresário), punindo-se talvez, o ente errado. Ou seja, mesmo que fato tenha sido praticado por agente hierarquicamente inferior (subordinado), quem responderá será o responsável hierarquicamente superior, constituindo, dessa forma, a punição de agente diverso do que efetivamente praticou tal conduta, perdendo-se a razoabilidade.

Tendo isso em vista, insurge a desenfreada criminalização de condutas, caindo-se por terra a efetividade da lei penal, uma vez que se torna mero norte preventivo, e não repressivo, por tornar irrelevante o bem jurídico que se visa proteger.

No entanto, tais medidas não se mostram plenamente eficazes no que tange a resolução dos problemas existentes, gerando outros obstáculos que talvez sejam quase que insolucionáveis, uma vez que tais medidas incentivam a criminalidade organizada dentro do rol empresarial.

Por este viés, ao passo que o Direito Penal, como arma do Estado, não pode servir de meio repressivo, fins de causar mal irreparável, tem-se que a solução deve se fundar na prevenção dos crimes dentro da empresa.

A CRIAÇÃO DE UM MODELO DE IMPUTAÇÃO DE CULPABILIDADE E O

COMPLIANCE COMO LASTRO DE DIRIGÊNCIA CORPORATIVA

O marco inicial se dará pela caracterização específica de Direito Penal, econômico, constitucional e administrativo, e em quais pontos tais ramos se interligam se modo a consolidar o poder de punir do Estado, com vistas a compreender o viés político-criminal existente.

Temos ainda, que o propósito da responsabilidade penal da empresa é mecanismo utilizado pelo Estado que tem por objetivo reprimir a prática de ilícitos, e não prevenir, o que em tese é uma abordagem incorreta, tendo em vista que o incentivo correto seria o da prevenção, o “evitar”, e não o de solucionar o mal já feito.

Com vistas, é imprescindível a análise das ferramentas de culpabilidade utilizadas pelo poder estatal, com foco em qual se denota mais eficaz na imputação da responsabilidade penal. Sarcedo menciona que:

Grande parte da história desse instituto jurídico foi baseada em modelos de heterorresponsabilidade, nos quais o agir coletivo ficava condicionado ao agir individual, o que veio se demonstrando deficitário na prática, já que a imputação coletiva acabava ficando sujeita às dificuldades próprias do direito penal clássico em tratar da criminalidade supraindividual. (SARCEDO, 2014, p. 96)

Todavia, deve ser ressaltado que a elaboração de um planejamento estratégico que permita a responsabilização exclusiva da pessoa jurídica traz à tona a necessidade de debate quanto ao conceito de culpabilidade inerente a ela. Isso significa que a imputação dos ilícitos penais deve ser dada ante ao defeito organizacional, diz-se, de onde a empresa falhou para que tal ilícito acontecesse, e se através de dolo ou culpa.

Desta feita, tem-se que o direito penal deve andar de braços dados com as teorias econômicas, fins de manterem-se atualizados com o mundo empresarial e a globalização (LIMA, ALMEIDA, 2016), uma vez que, se ignorada essa constante atualização, tornaria difícil a criação de técnicas de prevenção, imputação, incriminação, intervenção, técnicas, produção de provas, enfim, tudo o que fosse necessário para a preservação a ordem econômica.

Corroborando com o alegado, sob um prisma ideológico, há de ser consolidada a possibilidade de considerar a imputação da responsabilidade penal da empresa, sob um aspecto voltado ao

[...] crescimento do fenômeno da criminalidade ligada à atividade empresarial é um fato social constatável, há que ter em perspectiva o princípio da igualdade, na medida em que é injustificável que o ente corporativo, beneficiário direto do resultado delituoso, seja responsabilizado administrativamente, enquanto o autor individual, muitas vezes um empregado premido pela política empresarial de resultados, responda criminalmente. (SARCEDO, 2014, p. 112 - 113).

Cinge-se que a tutela jurisdicional penal, que assegura a atividade econômica, está voltada a manter a organização dos mercados e das empresas, fins de se facilitar e dar maior segurança aos investimentos nestas. Tendo isso em vista, toda e qualquer conduta tomada reflete no mercado e na seara corporativa. Com o objetivo de se facilitar a inserção dessas medidas, ou seja, dos padrões internacionais no mercado nacional,

o Estado se utiliza do Direito Penal, com o fito de incentivar a condutas positivas de corporativismo econômico, bem como a inserção de programas de *compliance*, o que significa que o próprio Estado e a pessoa jurídica, se unem de modo a evitar, sob um plano preventivo, práticas de ilícitos (CAVALCANTI; BENTO, 2017).

No atual cenário da atividade econômica, sob a ótica da globalização (LIMA, ALMEIDA, 2016), a responsabilidade penal da pessoa jurídica é de rigor, tendo em vista que não há fundamentação plausível para descartá-la. Afinal, a responsabilidade penal da empresa emparelhada com o *Criminal Compliance* é sinônimo de evolução, tanto no campo empresarial, quanto na tutela jurídico-penal.

Assim sendo, tais programas de prevenção de riscos empresariais e de cumprimento normativo, qual seja, os programas de *Compliance*, possuem atribuição expressiva quanto a expansividade do direito penal moderno, uma vez que seus princípios, quando legislados, servirão como mecanismo de supressão da imputação se respeitados na essência de obrigações, e não somente de base para fundamentar a culpabilidade empresarial. Tem-se que essas medidas político-criminais modernas são corolários do crivo do fato delituoso num aspecto pretérito ao fato, e não somente numa perspectiva a posteriori.

CONCLUSÃO

Os males gerados são fomentados por atuação inconsequente, impensada e não planejada da pessoa jurídica, sendo imprescindível a criação de uma política de prevenção de modo a alterar, culturalmente, a idiosincrasia empresarial.

Subsiste significativa divergência entre as predileções dos sócios-proprietários da empresa e os seus dirigentes, o que faz como que seja imprescindível a boa prática corporativa, em razão da confiança inerente aos cargos hierarquicamente superiores ao comando da empresa. Tendo isso em vista, como regulação da empresa, visando o seu bom funcionamento, com todos seus setores trabalhando sinergicamente, e como objeto de prevenção de riscos, nasce o *Compliance*.

Neste viés, insurge a autorregulação empresarial, a qual o Estado, visando reprimir práticas de ilícitos, impõe determinados parâmetros que devem ser seguidos obrigatoriamente. Daí, para ganhar força, o Estado se utiliza do Direito Penal, equivocadamente, como forma de reprimir, e não prevenir, a prática dos retro mencionados ilícitos. Desta premissa, sugere-se a consolidação de um sistema de imputabilidade penal eficaz das pessoas jurídicas, com supedâneo exclusivamente o fato praticado, e não quem era responsável pela empresa naquele momento.

O *Criminal Compliance* é o produto desta política de prevenção para possíveis crimes econômicos e ambientais, bem como mecanismo de gerência e guarda das empresas, preconizando a redução considerável das ameaças. Considera-se, também, a importância do *Criminal Compliance* na responsabilização penal efetiva da culpabilidade.

Por derradeiro, a indispensabilidade de preservar a pessoa jurídica em todos os sentidos, bem como a responsabilização penal que recai sobre os funcionários de cargo de direção, ante a gama de crimes tipificados em inúmeras leis (crimes ambientais, tributários, contra a ordem econômica, etc), se legitima a política de *Criminal Compliance*.

REFERÊNCIAS

CARCHEDI, Karine Silva; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. **A Utilização do Criminal Compliance como parâmetro para culpabilização da pessoa jurídica**. Paraná. Anais: IX Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL – UNIMAR. ISSN 2179-0760. 2018.

CAVALCANTI, Marcia Hiromi; BENTO, Flávio. **Razão prática do Compliance à luz da moral pós convencional sob enfoque da atuação empresarial**. Paraná: Anais: VIII Seminário Diálogos Filosóficos e Jurídicos: Ética e Compliance nos Negócios Jurídicos. ISSN 2178-8471, 2017.

LIMA, Ianara Cardoso de; ALMEIDA, Rachel Pessoa de. **A Lei Anticorrupção brasileira e a realização dos princípios do Pacto Global**. In: Anais do VII Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito da UEL – UNIMAR. 2016.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. Tese. (Doutorado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo, São Paulo

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Autorregulação, responsabilidade empresarial e criminal compliance**. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO VITMODOGMÁTICO NOS CRIMES DE ESTUPRO

Pedro Lima Marcheri

Maria Carolina Cavalcante de Oliveira

INAPPLICABILITY OF THE VITMODOGMATIC PRINCIPLE IN RAPE

RESUMO: O estudo a seguir contempla a culpabilização da mulher no crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal. Houve a análise de estudos antigos bem como atuais sobre o comportamento de estupradores, lembrando que o crime foi se caracterizando durante a história. A metodologia de pesquisa utilizada foi a leitura de livros e artigos em linhas similares, vídeos, pesquisa com a população, dados estatísticos e a observação de comportamento midiático. Comparando a realidade de outros países, nossos julgados e sentenças, foi possível traçar o comportamento do nosso direito acerca desse crime. A busca por dados obteve como resultado que o imperante no Brasil é uma grande culpabilização das vítimas por estereótipos sociais, quando na verdade foi provado que as mais frequentes não são mulheres com roupas consideradas inadequadas ou de batom forte, as vítimas recorrentes são as que conhecem seu agressor, confiam e convivem com o mesmo. Foi demonstrado que a cultura do estupro no Brasil abafa o grito de socorro do sujeito passivo e exalta seu agressor.

PALAVRAS-CHAVE: estupro; vitmologia; sexismo; justiça.

ABSTRACT: The following study contemplates a blame of the woman in the crime of rape, foreseen in article 213 of the Criminal Code. There has been an analysis of ancient as well as current studies on the behavior of rapists, reminding that crime to be characterized throughout history. A research methodology used to read books and articles in lines, alternatively, research, statistics and observation of media behavior. Comparing the reality of other countries, our judgments and sentences, it was possible to trace the behavior of our right over crime. The search for data has resulted in the prevailing non-Brazil is a great blame of the victims for stereotypes, when in fact it is proven that as more frequent are not women with clothes considered inadequate or strong lipstick, as recurring victims are as they know His Aggressor, trust and live with it. It has been shown that the culture of rape on Brazil obliterates the cry of relief of the passive subject and exalts his aggressor.

KEYWORDS: rape; victimology; sexism; justice.

INTRODUÇÃO

O estupro, mais do que a maioria de outros crimes que envolvem diretamente as mulheres, é um crime que afeta não apenas o físico também o psicológico da vítima. O Brasil está dentre os países que possuem elevados números de estupros e também é um dos que mais encobre o crime. É possível afirmar que é um crime que afeta a dignidade, seja ela sexual ou não, pois retira da vítima o poder de seu próprio corpo, violado.

Notadamente, o estupro, previsto pelo artigo 213 do Código Penal, em sua grande maioria ocorre com o homem sendo o agente ativo e a mulher o passivo, gerando uma relação de dominação e passividade. O problema é que nem todo crime possui o mesmo resultado e nem todas as mulheres conseguem de fato levar seus agressores à cadeia, ou até mesmo conseguem indiciá-los. Um dos porquês é a vitimologia.

A vitimologia, em comparação com outras áreas do direito, é algo recente e que ainda está em evolução. O estudo da vítima é de fato importante para entender quem são as verdadeiras vítimas, mas, isso só ocorre quando o utilizador desse estudo o faz de modo imparcial.

Outra grande barreira encontrada pelas vítimas de estupro é quando os operadores do direito, que participam do caso, se utilizam dos “bons antecedentes” do agressor para desmerecer a vítima, assim agindo, como no século XIX:

De acordo com Esteves (1989) e Caulfield (2000), nos casos de estupro, sedução e defloramento, do fim do séc. XIX até meados do século XX, a associação entre conduta social e padrão de honestidade estava presente em todos os discursos jurídicos. Não bastava esclarecer a verdade e determinar o autor. De acordo com a escola positivista inspirada na defesa social, o julgamento de um crime deveria levar em conta a conduta do réu com o fim de determinar a sua periculosidade. A questão da honestidade passada ou presente era um elemento subjetivo fundamental apto a completar o conceito legal de estupro. (COULORIS, 2004)

A suposta honestidade do agressor muitas vezes encobre seu ato criminoso e o clamor de justiça de sua vítima, causando dúvida em relação as provas, sejam elas apenas de depoimento ou exame de corpo de delito. O que nos leva a um ponto importante desse estudo é a cultura de estupro. Segundo Ferreira Júnior “A cultura do estupro, que é uma configuração fruto do patriarcado que, entre tantas coisas, tenta responsabilizar as mulheres pelos atos de estupro.” (FERREIRA JÚNIOR, 2015)

O patriarcado instalado nas raízes do nosso país é outro ponto importante no que diz respeito ao agressor, vítima e justiça. Uma vez que a ideia de que uma mulher necessita de um homem para viver e que esse a coloque na posição passiva e dominadora, de forma que sua negativa para a relação sexual não apresente qualquer importância, e sim a dominação exercida pelo homem.

O discurso jurídico brasileiro, tal como percebemos, não pode ser considerado neutro, pois está organizado através de critérios de diferenciação. O conceito de “credibilidade”, ou de “idoneidade moral”, é composto de significados de gênero, de

classe e de raça. De acordo com a Criminologia o criminoso passa a ser considerado como um anormal, como aquele que não se ajusta aos critérios naturais, sociais ou morais de normalidade. Assim, o desvio de comportamento se torna, tanto quanto a violação da lei penal, objeto de práticas penais. Esta articulação no campo da lei representou novas formas de regulação dos comportamentos sociais, além de um tratamento jurídico diferenciado para determinados setores da população e, conseqüentemente, de critérios diferenciados de cidadania. (ALVAREZ, 1993)

Desse modo aquele que não se encaixa no comportamento escolhido ou pré-selecionado durante séculos no Brasil permanece impune enquanto sua vítima perece. Essa realidade será mostrada neste trabalho.

CAPÍTULO 1 - PRINCÍPIO DA VITIMOLOGIA

1.1 Origem Da Vitimologia

O termo “Vitimologia” (*Vitmo* = Vítima, *Logia*: Estudo) foi utilizado pela primeira vez em 1945 por Benjamin Mendelsohn em um estudo pioneiro em parceria com Hans Von Hetig (1948). Hans, professor alemão exilado nos Estados Unidos, publicou em 1948 o texto onde trabalhava a dinâmica agressor-vítima. “The Criminal and his Victim” retratou pela primeira vez o sujeito passivo como participante fundamental na execução de um delito, que, de algum modo, provoca, coopera ou incita a realização do mesmo, independentemente de sua consciência sobre o fato, sendo este o primeiro impulso à prática do crime, o que existe até hoje.

Já o israelense Mendelsohn (1974) observou a vítima além da situação fatídica, analisa todo seu contexto psicológico e social, o que fugiu do ideal de um entrelaçamento entre o estudo e o direito penal, trazendo a Vitimologia em um novo ramo de estudo independente.

Atualmente, a metodologia utilizada para este estudo é a análise da vítima, sua personalidade, características psicológicas, morais e culturais, que de algum modo incentive o agressor a praticar o crime. Mendelsohn (1982) sintetiza 3 grupos de vítimas:

- a) A vítima inocente, aquela que não concorreu a qualquer título para o evento criminoso;
- b) A vítima provocadora que, voluntária ou imprudentemente, colabora com os fins pretendidos pelo delinquente;
- c) A vítima agressora, simuladora ou imaginária, aquela que não passa de suposta vítima (ou pseudovítima) e, por isso, propicia a justificativa de legítima defesa de seu “atacante”.

Entretanto na sociedade contemporânea os crimes cibernéticos, financeiros, ambientais e em geral os transindividuais, demonstram que este estudo não é um dogma, uma vez que não existe uma relação dinâmica entre o sujeito passivo e o ativo.

1.2 A Vitimologia no Brasil

A primeira obra feita sobre vitimologia no Brasil é de Edgard de Moura Bittencourt (1971), intitulada *Vítima (Vitimologia: a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para nova doutrina)* datada de 1971.

Posteriormente, em 1990, Ester Kosovski, Eduardo Mayr e Heitor Piedade Júnior (1990) escreveram a obra “*Vitimologia em Debate*” onde foram redigidos vários artigos sobre o tema por escritores brasileiros e estrangeiros.

1.3 Conceito de Vitimologia

Apesar de ser um assunto produtivo o estudo sobre o Princípio Vitimológico ainda é incerto com relação a seu real objeto. Pode-se afirmar que a Vitimologia é o estudo da vítima, entretanto, ainda não foi definido de forma igualitária em qual ocasião se dá esse estudo.

A Vitimologia é retratada como um ramo, tanto da criminologia quanto na sociologia, no qual se reúnem dados e informações para que sejam contempladas em temas investigativos. Por sua pesquisa ser complexa muitas vezes passa pela necessidade de ser aprofundada de forma epistemológica.

Para Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999), a vitimologia está entrelaçada a própria vítima. Todavia, para chegarmos à conclusão de que o indivíduo é uma vítima devemos vinculá-lo ao estudo em questão.

Vasile Stanciu (2008) cita em suas múltiplas obras sobre o tema a seguinte frase: “Se nem todos os réus são culpados, nem todas as vítimas são inocentes”.

Objetivamente, no estudo da vitimologia são analisados cinco aspectos sobre a vítima:

- a) Estudo da personalidade da vítima e sobre suas inclinações subsequentes;
- b) A existência de elementos psíquicos do complexo criminológico que determinem a aproximação do criminoso e da vítima;
- c) Estudo dos meios de identificação de indivíduos com tendência de se tornarem vítimas;
- d) Estudo dos meios de tratamento para prevenção de criação de novas vítimas;
- e) A busca das suas características psicológicas, morais, culturais e outras condições que fazem com que a vítima colabore com a realização do crime.

De tal sorte, as vítimas são elencadas em oito categorias por Roque de Brito Alves (1995):

Vítimas natas: São aquelas que tendem a ser vítimas, consciente ou inconscientemente, exercendo ações para que um crime seja produzido, podendo ser causadoras dos delitos que elas próprias possam vir a ser vítimas. Exemplo: Um

indivíduo masoquista;

Vítimas potenciais: São aquelas de personalidade considerada difícil, onde criam situações que levam as pessoas ao seu redor a tomarem decisões que não o fariam;

Vítimas inocentes: também denominadas como vítimas reais, não causam e nem são fatores, ou seja, de maneira alguma possui culpa em uma ação delituosa contra elas;

Vítimas provocadoras: devido à ação da vítima iniciou-se um evento em cadeia no qual um terceiro vem a praticar um delito contra a vítima;

Vítimas falsas (simuladoras e imaginárias): são aquelas que induzem o agente a praticar o delito, também em situações que sabe que não foi vítima de nada, entretanto por motivos de vingança, acabam declarando que vítimas são. Ou as vezes declaram algo contra alguém porque em sua cabeça foi imaginado, mas, no plano real não;

Vítimas voluntárias: são aquelas que pedem para serem vítimas, por exemplo, na eutanásia;

Vítima indiscriminada: são todas as vítimas passíveis de sofrerem, de forma genérica ou indireta, por meio de agressões ou atentados na sociedade atual.

CAPÍTULO 2 – ESTUPRO

1.4 Histórico do Crime

Inicialmente o crime sexual, considerado apenas para mulher, era um crime de propriedade, sendo assim retratado desde o Antigo Testamento até a Era das Trevas, também chamada de período medieval. Para Vilhena e Zamora (2004) a mulher não era vista como um sujeito e sim como um objeto da figura masculina, sendo seu pai ou marido. Este estado colocava a virgindade como prêmio maior a quem a detivesse e caso ela fosse “roubada”, assim como sua virgindade, ela perderia seu valor socialmente. É válido lembrar que os crimes sexuais não eram punidos em razão do detrimento da dignidade sexual da mulher e sim em relação ao homem que a detinha.

Marcela Rattón (2007) narra sobre as mudanças ocorridas após a era das trevas:

O grande divisor de águas dá-se, contudo, entre sociedades pré-modernas e modernas. Nas primeiras, o estupro tende a ser uma questão de Estado, uma extensão da questão da soberania territorial, já que, como o território, a mulher e, mais exatamente, o acesso sexual à mesma, é mais um patrimônio, um bem, pelo qual os homens competem entre si [...] com o advento da modernidade e do individualismo, essa situação pouco a pouco se transforma, estendendo a cidadania à mulher, transformando-a em sujeito de Direito a par do homem. Com isso, ela deixa de ser uma extensão do Direito de outro homem e, portanto, o estupro deixa de ser uma agressão que, transitivamente, atinge um outro por intermédio de seu corpo, e passa a ser entendido como crime contra sua pessoa.”

Entretanto, ainda que a mulher começasse a ser reconhecida como alguém de direitos, o século XVI foi marcado por uma atenção tímida dos tribunais para os crimes sexuais contra as mulheres, ainda visto como um crime que manchava a reputação

das famílias. Vigarello (1998) afirma que os tribunais pouco averiguavam as condições reais do crime, apenas quando existiam fortes provas de violência física e assassinato.

Sobre a figura da mulher no crime de estupro, Lima e Lima afirmam (2012, p.2):

Com a denúncia de um caso de estupro, surgiam as suspeitas sobre a postura da mulher, sobre um possível consentimento ou provocação, acarretando, na maioria das vezes, a impunidade do agressor. Todo esse cenário trazia para a ofendida o medo de ser associada à figura de partícipe do ato pecaminoso e promíscuo, fazendo geralmente com que desistisse de relatar o abuso sexual sofrido. Ainda nesse período, cumpre salientar que outros tantos fatores influenciavam bastante na responsabilização do agressor. Se a vítima era virgem e de classe social mais elevada, o crime assumia maior gravidade no meio social, uma vez que havia a necessidade de recompor a honra da família. Como se vê, em suma, os avanços legais obtidos na Era Moderna ainda não foram suficientes para enxergar a mulher como a real vítima do estupro. Aqui, ela ainda é vista como objeto do qual o estuprador se utilizou para denegrir a imagem do seu proprietário. (2013)

Um passo essencial para a modificação da punibilidade, principalmente do estupro, foi a separação das transgressões penais do pensamento religioso (pecado), porém, não foi o suficiente para uma mudança do pensamento patriarcal predominante na prática jurídica, uma vez que ainda existe suspeita sobre a mulher na maioria dos casos. É necessário entender que mesmo com o passar do tempo apenas em alguns casos o pensamento é diverso, estes são aqueles em que há crianças envolvidas. Os homens que detêm posições sociais privilegiadas utilizam de seu status para violentar mulheres que não possuem uma boa condição, porque isso se torna a certeza da impunidade.

Esta é uma fase marcada por avanços sóciojurídicos, primordialmente no que tange à percepção da violência. Vê-se a necessidade de se delimitar e hierarquizar condutas, escalonando-as e criando tipos capazes de proporcionar uma atividade judicante mais eficaz. Ocorre uma verdadeira ampliação de delitos de natureza sexual, agora compreendidos como crimes contra os costumes.

Ainda que se admita que a mentalidade da sociedade continua a punir muito mais o sujeito passivo do crime de estupro do que o ativo, haja vista todo o discurso ainda muito forte de suspeita sobre a conduta feminina, se faz essencial salientar que os abusos sexuais ganharam maior visibilidade no período, acarretando, assim, maior número de denúncias.

Todo esse caminho culminou num século XX cheio de discussões sobre os crimes sexuais, impulsionadas, principalmente, pelo advento dos movimentos feministas questionando o discurso de superioridade masculina e de domínio sobre o corpo da mulher.

2.2. O Quadro Jurídico Atual

Previsto pelo artigo 213 do Código Penal Brasileiro o estupro se designa nos seguintes moldes:

Art. 213 - 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.

§ 1º Se 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.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

A Lei nº 12.015/09 foi fundamental para que houvesse mudança, essa trata sobre a dignidade sexual da pessoa humana como sendo uma ramificação da dignidade que deve ser intrínseca em cada ser humano, sendo respeitada pela sua comunidade e Estado. Retratada como uma combinação de direitos fundamentais contra toda atitude degradante e desumana, além de promover um viés para que exista um propósito e uma comunhão de um indivíduo com sua sociedade. (SARLET, 2012)

Anteriormente à mudança causada pela Lei nº 12.015/09 só era considerado estupro quando a mulher fosse constrangida à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, retirando assim outros meios de constrangimento ou de atos libidinosos, por fim, incluiu o homem como sujeito passivo desse crime.

Passa-se, neste momento, à análise dos principais pontos técnicos relacionados ao delito de estupro:

Constranger significaria: obrigar, influenciar de forma forçada por meio de ação ou omissão alguém a realizar determinada atitude, porque de outra forma não o faria.

Violência – *vis corporalis*. Grave ameaça – *vis compulsiva*. Podem ser dirigidas à vítima do estupro ou à terceiro com que a vítima mantenha relação de afeto.

É a penetração do órgão sexual masculino no feminino. Para caracterizar a conjunção carnal, deve haver a efetiva penetração. Não caracteriza estupro a “encoxada” ou o mero ajuntamento dos órgãos. Requisitos: a) pluralidade de sexos; b) pluralidade de órgãos (pênis e vagina); c) penetração.

Permitir que se pratique ato libidinoso: Todos os atos de natureza sexual, excluindo-se a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do sujeito ativo. Neste caso, o foco está na conduta do agente. Ele próprio pratica o ato libidinoso na vítima. Aqui se incluem: a masturbação forçada, sexo anal, atos de felação (sexo oral), ejaculação na genitália ou cavidades, introdução de objetos nas cavidades do corpo.

Praticar Ato Libidinoso: Neste caso, o foco não está na conduta do agente. Ele não molesta a vítima, mas obriga que ela pratique o ato libidinoso para satisfazê-lo.

2.3. Sujeitos do Crime

É importante saber que se tratando do sujeito ativo tanto na conjunção carnal quanto no ato libidinoso, pode ser um homem ou uma mulher. Entretanto, quando se trata de sujeito passivo apenas a mulher pode sofrer com a modalidade de conjunção carnal, enquanto no ato libidinoso pode ser tanto uma mulher quanto um homem.

Nas palavras de Vera Andrade, a caracterização da mulher nos crimes sexuais consiste em:

O estereótipo da mulher passiva (objeto-coisificada-reificada) na construção social do gênero, divisão que a mantém no espaço privado (doméstico), é o correspondente exato do estereótipo da vítima no sistema penal. Mas não, como veremos, qualquer mulher. As mulheres não correspondem, em absoluto, ao estereótipo de criminoso, mas ao de vítima (ANDRADE, 2005)

Desse modo é possível afirmar que o sujeito ativo desse crime é o indivíduo que busca por dominação e “objetificação” de suas vítimas.

CAPÍTULO 3 - CULPABILIZAÇÃO DA MULHER

3.1 Os Estupradores

Segundo Ferreira Junior, o controle, o simbolismo e o patriarcado existentes na sociedade fortalecem a prática da violência sexual contra a mulher, vejamos:

O controle, o simbolismo e o patriarcado fundamentam e alicerçam a violência sexual contra a mulher. Essa violência se expressa principalmente, por meio de práticas disciplinares socioculturais. Além do medo, há, entre várias outras formas de controle e disciplina que atuam a favor da manutenção da relação de poder e dominação do sistema patriarcal aquela que está ligada ao sexo. (FERREIRA JÚNIOR, 2015)

O estupro é um crime de dominação e está ligado ao poder que o homem pode vir a exercer sobre a mulher. Porém, existe sempre uma válvula de escape, onde a culpa nunca é do homem e sim de fatores externos que o influenciaram.

A auto-referência em relação ao momento do estupro, segundo os apenados por estupro de desconhecidas, varia da “fraqueza”, do “nem sei o que me deu”, da “tentação do demônio ou do mal, ou do cão”, fenômeno ou entidade que atuaria exatamente no momento de fraqueza, e é visto como associado aos efeitos da “droga ou da bebida”.(MACHADO, 1998)

O estudo publicado por Machado (1998) pôde verificar o comportamento masculino no presídio da Papuda do Distrito Federal. Surpreendentemente, constatou-se que, dos 83 entrevistados, a grande maioria alegava não saber o que de fato aconteceu, demonstrando em sua fala que a situação se tornava tentadora demais para escapar-lhes aquela oportunidade de praticar o estupro. Para o mundo em que foram criados era natural a mulher estar disponível para os homens, onde tudo seria perdoado porque simplesmente possuíam uma fraqueza sexual.

Com isso, é claro o fato de que o estuprador se baseia em uma ideologia enviesada que encontra-se enraizada no machismo social para transferir a culpabilidade do delito para a vítima. Nesse sentido, sintetiza Zamora (2007):

Uma explicação que procura defender os homens e transferir a responsabilidade às mulheres é a de que elas consentiram no ataque, sem se defender de verdade

ou até pediram por ele, usando roupas curtas, apertadas, perfume, cabelo e maquiagem chamativos. Outra explicação é a de que as mulheres gostam mesmo é de homens de verdade e de que é impossível distinguir entre um não verdadeiro e um não fingido, que, na verdade, pretende excitar e estimular um ataque mais vigoroso.

O esturador pode possuir diversas facetas, como seus bons antecedentes, a de mera vítima de provocação da mulher ou a de homem viril que não conseguiu se segurar. De qualquer forma, se mostra nítida a tendência de transferência do dolo, e da culpabilidade do crime de forma exclusiva para a vítima estuprada.

3.2. Crime de Gênero

Afinal, o que é gênero? Seria apenas uma forma de distinguir os seres humanos de sexos diferentes ou teria esse termo uma definição mais abrangente? Machado (2000, p. 6) conclui acerca do tema da seguinte maneira:

Gênero é uma categoria engendrada para se referir ao caráter fundante da construção cultural das diferenças sexuais, a tal ponto que as definições das diferenças sexuais é que são interpretadas a partir das definições culturais de gênero. Gênero é assim uma categoria classificatória que, em princípio, pode metodologicamente ser o ponto de partida para desvendar as mais diferentes e diversas formas de as sociedades estabelecerem as relações sociais entre os sexos e circunscreverem cosmologicamente a pertinência da classificação de gênero. Este conceito pretende indagar metodologicamente sobre as formas simbólicas e culturais do engendramento social das relações sociais de sexo e de todas as formas em que a classificação do que se entende por masculino e feminino é pertinente e faz efeito sobre as diversas dimensões das diferentes sociedades e culturas.

O estupro entre homem e mulher pode ser considerado um crime de gênero porque o agressor, essencialmente, ataca um grupo que possui uma única característica que liga suas vítimas, todas são do gênero feminino, sendo elas, crianças, adolescentes, jovens ou idosas. Mesmo que na maior parte das vezes este crime ocorra em perímetro urbano, não se pode classificá-lo como uma forma de violência urbana. Pois, o corpo da mulher é violentado, sobre ela é que recaem as consequências físicas e psicológicas do estupro.

O estupro não é um crime atual, nem mesmo surgiu com o tempo, é milenar. Sempre foi usado pelo homem como uma forma de dominação da mulher.

3.3 Casos Práticos

De acordo com Nadai (2010), é possível constatar que:

Visivelmente, certas convenções de gênero e sexualidade passam a ser utilizadas pela polícia para construir o crime em complementaridade às tipificações legais. Marcados, não só por gênero e sexualidade, tais padrões de investigação se sobrepõem também a outros marcadores que constroem a vítima, em relação à sua idade, classe, violência sofrida e a relação com o autor. [...] As escritas, ao enquadrarem criminalmente o estupro, fazem-no colocando em prática certas

convenções que produzem uma, entre muitas, distinções descritivas. Ou seja, deixam subentendido nos documentos que há estupros e estupros, ou porque não, vítimas e vítimas. Consequentemente, suas práticas terminam por convencionar certos padrões narrativos, contextuais e contingentes, que diferenciam crimes semelhantes.

Através da análise de casos concretos bem como do sistema judiciário brasileiro podemos notar que, infelizmente, a cada vítima de estupro é dada uma classificação diferente, o que por sua vez, na maior parte das vezes, sobrepõem o julgo a vítima, transferindo a culpabilidade do agressor à mesma.

CAPÍTULO 4 - A LINHA ENTRE VITMOLOGIA E CULPABILIZAÇÃO

4.1 A Culpa é da Vítima?

Neste ponto do estudo passa-se a discorrer sobre a culpabilidade imposta à vítima quando esta ou seu agressor não se encaixam nos estereótipos pré-definidos pela sociedade ou pelos operadores do direito. Sobre o tema, Andrade (2005) disserta que:

[...] o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é – ao lado do status familiar – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina

Em todos os casos de estupro é comum a busca de um motivo, um instigador, o gatilho para que a mulher passasse a chamar a atenção de uma forma “provocativa” onde fosse incontrollável para seu agressor praticar o ato de violência sexual.

Para Grossi (1996, p. 134), a violência contra a mulher é uma das violações menos reconhecidas no âmbito dos direitos humanos:

Apresenta-se como uma das violações mais praticadas e menos reconhecidas no âmbito dos direitos humanos no mundo. Ela se manifesta de diferentes formas, desde as mais veladas até as mais evidentes, cujo extremo é a violência física.

Na busca pela verdade dos fatos os operadores do direito, sejam eles advogados, promotores ou juizes, tendem a buscar vítimas que se encaixam em um padrão de comportamentos sociais e culturais bem como acusados que se moldam a um perfil pré-estabelecido para o sujeito ativo do crime. Quando a vítima não se encaixa no estereótipo em um padrão clássico de comportamento e o agressor não se encaixa no arquétipo do estuprador contumaz, invertem-se os sujeitos do tipo penal, passando-se a culpa a vítima pelo estupro.

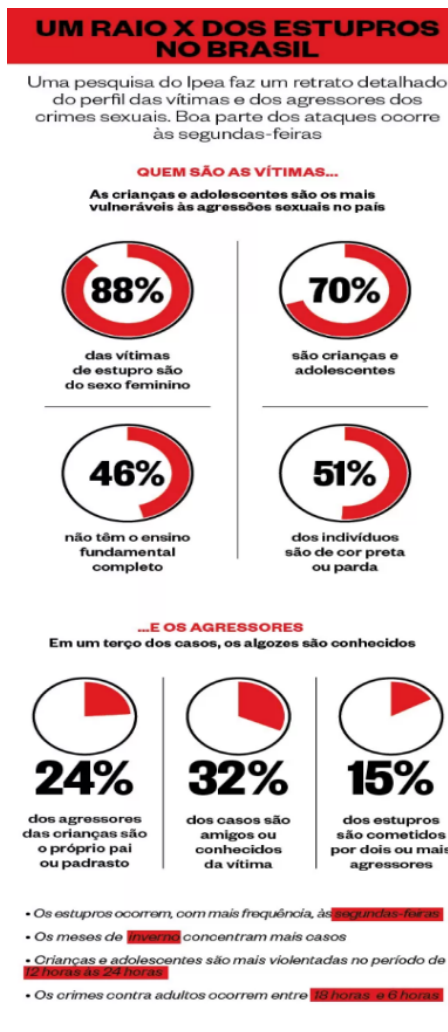


Figura 1 - Perfil das vítimas e dos agressores dos crimes sexuais no Brasil. Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

Fonte: Corrêa; Lazzeri; Garcia (2016)

CONCLUSÃO

Responsabilizar a vítima pelo crime sexual sofrido é retirar a parcela exclusiva de culpa atribuível apenas ao agressor, de forma, há a concordância para com que o estupro continue como um crime silenciado pela sociedade e pela justiça.

Tanto no processo, quanto na averiguação, os elementos subjetivos jamais podem tirar a credibilidade do sujeito passivo, mesmo que este não se encaixe no estereótipo de vítima pré-estabelecido pela sociedade.

O corpo da vítima deve ser protegido e nunca pode ser violado. O direito penal em seu sistema atual tende a preterir a vítima, uma vez que o delito consubstancia em uma violação contra o Estado em si, contra a coletividade, perdendo o caráter pessoal do delito. (FRADE, 2012)

O Brasil não possui estrutura adequada para acolher as vítimas de estupro. Os dados sobre a compreensão da população brasileira com relação ao sujeito passivo

geralmente são carregados de estereótipos e preconceitos. Mostra-se uma tarefa espinhosa modificar a ideologia de 59% (CORRÊA; LAZZERI; GARCIA, 2016) da população brasileira, que aquiesce com as seguintes afirmações: “A mulher contribui para seu próprio estupro em decorrência de sua roupa inadequada e do horário em que circula”. Esses conceitos são obtidos por força de cultura e costumes da sociedade.

A dignidade sexual combinada com a preservação do corpo da pessoa humana constituem dois direitos fundamentais, tornando dever do Estado colocá-los, em prioridade, a salvo, independentemente de qualquer indagação moral.

Diferentemente de todos os outros crimes em que o Princípio da Vitmologia é utilizado, para mostrar que sem a atitude da vítima a lesão não ocorreria, quando se trata do corpo de alguém se torna imoral afirmar que suas ações implicaram em sua violação.

Mostra-se inadequado imputar como causa do delito de estupro, vestimentas ou modos específicos de comportamento (socialmente percebidos como mais insinuantes), trazendo um lado primitivo ao agressor que não possui a capacidade de se controlar. No caso de argumentação de desvio psiquiátrico, é possível aventar a aplicação de medida de segurança, considerando *in casu* a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do réu (de acordo com os critérios de autodeterminação e reconhecimento da ilicitude de sua conduta, previstos no Código Penal).

Essa relação entre desmerecimento da vítima e exaltação do seu agressor é baseada em preconceito com as vítimas. Entretanto se compararmos os dados dos crimes que ocorrem diariamente em nosso país pode-se perceber que a cultura de estupro existe e claramente não é velada.

De acordo com a pesquisa do IPEA, 88% das vítimas de estupro são mulheres e em um terço dos casos os agressores são conhecidos das mesmas.

Estudos analisados por este trabalho comprovaram que o comportamento do estuprador pouco tem a ver com condutas da vítima, posto que com ensinamentos sociais, com uma cultura que se permite a acobertar o estupro e calar as mulheres. Não obstante o espaço conquistado, pouco se avança na desmistificação entre a mulher como objeto e o homem como dominador.

O Direito Penal e o sistema judiciário brasileiro baseiam-se em culturas e comportamentos ultrapassados que norteiam a mente de uma sociedade patriarcal, suprimindo, assim, o lastro da verdadeira justiça.

Conclui-se que, na maior parte dos casos de estupro no Brasil, acaba-se por impingir a culpa à mulher. Deste modo, o princípio vitmodogmático deve ser aplicado de forma excepcional e absolutamente pontual em crimes deste jaez, sob pena de perpetuar a cultura de expiação da culpa nos delitos de natureza sexual.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos Cezar. **Sociedade, conhecimento e poder**. In: Seminário Temático IV. São Paulo, p.59-89, 1993.

ALVES, Roque de Brito. **A Vitimologia**. In: Ciência Criminal. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1995. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, Fevereiro de 1987.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Soberania Patriarcal: O Sistema De Justiça Criminal No Tratamento Da Violência Sexual Contra A Mulher**. Revista Sequência, n; 50. p. 71-102, jul. 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>>. Acesso em: 03. jun. 2017. p. 91-92.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina**. São Paulo : Ed. Universitária de Direito, 1971.

_____. **Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente-vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina**. 3. ed. São Paulo. Editora Universitária de Direito, 1987.

_____. **Vitimologia**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo. Editora Saraiva, 1982, v. 77.

BRANCO, Elaine Castelo. A análise da vítima na consecução dos crimes. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4400&revista_caderno=3>. Acesso em: 03. jun. 2017.

CORRÊA, Hudson; LAZZERI, Thais; GARCIA, Sérgio. **A cada 11 minutos, uma mulher é violentada no Brasil, e ainda há quem diga que a culpa é da vítima**. 27. maio. 2016. Caderno Tempo. Época. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/05/cada-11-minutos-uma-mulher-e-violentada-no-brasil-e-ainda-ha-quem-diga-que-culpa-e-da-vitima.html>>. Acesso em: 03. maio. 2017.

COULOURIS, Daniella Georges. **Violência, Gênero e Impunidade: A Construção da Verdade nos Casos de Estupro**. Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História. ANPUH/SPUNICAMP. Campinas, 6. set. 2004.

FERREIRA JÚNIOR, Luiz Fernando de Figueiredo. **Lugar de Vítima: uma análise da campanha virtual. “Eu não mereço ser estuprada” e o propósito de se colocar se como vítima**. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Rio de Janeiro, 2015.

FRADE, Edison Vlademir De Almeida. **Os direitos da vítima da criminalidade**. Repertório Digital. Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. 03. 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/60710>>. Acesso em: 03. jun. 2017.

GROSSI, P.K. **Violência contra a mulher: implicações para os profissionais de saúde**. In: LOPES, M.J.U; MEYER, Dei; WALDOW, V.R. Gênero e Saúde. Porto Alegre (RS): Artes Médicas, 1996, p. 134.

KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor; MAYR, Eduardo (Coords.). **Vitimologia em Debate**. Editora Forense (Grupo Gen). 1990.

LIMA, Rebeca Napoleão de Araújo; LIMA, Marina Torres Costa. **O estupro como crime de gênero**. Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 18, n. 3734. 21. set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25354>>. Acesso em: 27 fev. 2017.

MACHADO, Lia Zanotta. **Masculinidade, Sexualidade e Estupro: As construções da virilidade**.

Cadernos PAGU n. 11. p. 231-273. 1998.

_____. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?**

In: Série Antropologia. Brasília: 2000, n. 284, p.6. Disponível em <<http://www.unb.br/ics/dan/Serie284empdf.pdf>> Acesso em: 01. mai. 2017.

MENDELSON, B. Socio-Analytic Introduction to Research in a General Victimological and Criminological Perspective. p. 59-64. SCHNEIDER, H. J. (Ed.). **The Victim in International Perspective**. Berlin: Walter de Gruyter, 1982.

_____. Victimology and the Technical and Social Sciences: A Call for the Establishment of Victimology Crimes. p. 25-36. In: VIANO, E. (Ed.). Victimology: A New Focus. v. 1. **Theoretical Issues in Victimology**. Lexington: Lexington Books, 1974.

NADAI, Larissa. **Convencionando Práticas ou Praticando Convenções?** Gênero e Sexualidade na Tipificação do Estupro a Partir da Delegacia da Mulher de Campinas. Anais Congresso Fazendo Gênero: Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. ago. 2010. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278293725_ARQUIVO_paperfazendogeneroversaofinalentregue.pdf>. Acesso em: 03. jun. 2017.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RATTON, Marcela Z. **Uma Abordagem Criminológica do Estupro**. 2007. Disponível em: <conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/ciencias_criminais_marcela_zamboni_ratton.pdf> Acesso em: 27.fev.2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STANCIU, Vancile. Apud: BRANCO, Elaine Castelo. **A análise da vítima na consecução dos crimes**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4400&revista_caderno=3>. Acesso em: 02. jun. 2017.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

VILHENA, Junia de. ZAMORA, Maria Helena. **Além do ato: os transbordamentos do estupro**. In Revista Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: n. 12, p. 115-130, jan/abril 2004.

VON HETIG, Hans. **The Criminal & His Victim: Studies in the Sociobiology of Crime**. Die Strafe I: Frühformen und Kulturgeschichtliche Zusammenhänge. München, 1948.

ZAMORRA, Maria Helena. **A Burca: notas para a compreensão do estupro**. Revista Vivência. n. 32. 2007. p. 311-320. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/Vivencia/sumarios/32/PDF%20para%20INTERNET_32/CAP%2020_MARIA%20HELENA%20ZAMORA.pdf>. Acesso em: 01. jun. 2017.

O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA E DE TERCEIROS NO CURSO DO PROCESSO PENAL

Bruno Morel de Abreu

Universidade Católica Dom Bosco – UCDB
Campo Grande - MS

Pedro Paulo Sperb Wanderley

Universidade Católica Dom Bosco – UCDB
Campo Grande - MS

RESUMO: O presente estudo tem por escopo apresentar a problemática em torno das decisões proferidas pelos órgãos julgadores com relação ao valor probatório do testemunho de terceiros, bem como o do ofendido, que por vezes são utilizados como único e exclusivo embasamento para a solução integral do mérito. Expondo, assim, as principais características de tais institutos frequentemente utilizados no curso do Processo Penal Brasileiro. Para consecução da pesquisa, utilizou-se do método de análise dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, buscando o estudo material e processual. O fomento da presente discussão demonstra-se necessário na medida em que o Brasil é reconhecido por desprover de segurança jurídica, tendo como fundamento seu histórico judiciário no que tange às incessantes injustiças.

PALAVRAS-CHAVE: valor probatório; processo penal; declaração do ofendido;

ABSTRACT: The purpose of the present

study is to present a problem in relation to the decisions of the judging bodies regarding the probative value of the testimony of third parties, as well as to make the offended person, who is sometimes used as sole and exclusive basis for a complete solution of merit. as well as their main training, there is no course of Brazilian Criminal Procedure. To perform the research, use the method of deductive analysis, based on bibliographical and jurisprudential research, seeking study and procedural material. The promotion of the present is determined by the accuracy of the world with regard to the recognition of security, having as its theme the legal history of incessant injustices.

KEYWORDS: probative value, criminal procedure, offender's statement.

1 | INTRODUÇÃO

Um grande número de crimes ocorre diariamente, em locais onde a passagem de pessoas é permitida ou mesmo onde existe um grande aglomerado destas, durante o dia ou sob o manto da Lua. Nestes casos, a investigação e a produção processual de provas serão realizadas tendo, como um dos meios de prova, a prova testemunhal.

Todavia, existem alguns tipos de crimes que são cometidos em lugares ermos, sem

qualquer possibilidade de trânsito de indivíduos, ou mesmo no interior da residência do autor ou vítima. Nesta situação, a produção de provas, seja na fase investigativa, seja na fase processual, será feita com meios de provas diversos da prova testemunhal, o que dá às declarações do ofendido um valor quase absoluto (que muitas vezes, é utilizado como único meio de embasamento de uma sentença condenatória).

O ofendido, por ser, certamente, a pessoa atingida diretamente pelo fato delituoso, tem a tendência em carregar fantasias e até mesmo sentimento de vingança em seu depoimento, criando, por muitas vezes, situações que eximem qualquer ação própria que tenha contribuído na prática delitiva (dentre outras condutas, cita-se a Síndrome da Mulher de Potifar). Tal fato torna muito complicado e perigoso a utilização exclusiva da declaração do ofendido como fundamento condenatório, recaindo aqui a problemática do presente estudo.

O presente artigo, metodologicamente realizado por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, explora as principais características dos meios de provas frequentemente utilizados no Processo Penal Brasileiro – testemunhal e declaração do ofendido.

2 | A PROVA TESTEMUNHAL.

Tem-se no processo penal brasileiro, a elucidação dos fatos definidos como crimes, em esmagadora maioria, por meio da prova testemunhal. Tal situação se dá por uma série de fatores, como a falta de estrutura do Estado (seja a estrutura física, de materiais ou profissionais) no tocante a peritos e outros *experts*, o que, caso o contrário fosse, poderiam dar uma solução mais técnica e segura a investigação e instrução probatória.

A prova testemunhal é um dos meios de prova que carecem de muita atenção e cuidado no tocante a sua força probatória. A testemunha, como todo ser humano, é passível de, ao presenciar uma cena delituosa, auferir impressões errôneas sobre o fato, ter uma influência de seu meio de convivência (roda de amigos, outras testemunhas oculares e meios de comunicação), bem como tomar um partido, julgando quem é o certo em que é o errado no crime presenciado.

Dispõe o art. 202 do Código de Processo Penal que “toda a pessoa poderá ser testemunha”. A doutrina Brasileira ensina que testemunha:

É a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo (BRASILEIRO, 2015);

A testemunha, ao ser inquirida, seja na fase policial ou processual, deverá prestar o compromisso de dizer tão somente a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho, em obediência ao artigo, 203 do Código de Processo Penal. Portanto, os

deveres da testemunha são o de dizer o que sabe, não calar a verdade e não proferir inverdades (BRASIL, 1941).

A legislação brasileira, em especial a processual penal, expressa uma grande preocupação ao referenciar deveres, direitos e punições aos cidadãos que servem como testemunha, tudo para demonstrar a lisura e a busca de uma força probatória capaz de influenciar na decisão do magistrado.

Visando uma colheita de uma prova testemunhal verdadeira e apta ao embasamento de uma sentença de mérito (seja ela condenatória ou absolutória) a legislação processual penal impede determinados cidadãos de serem testemunhas, seja por uma recusa facultativa ou uma vedação obrigatória, conforme os artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal.

Existe ainda uma classificação dos cidadãos que comparecem ao processo para dizer o que viram ou sabem sobre determinado fato, porém, por alguma circunstância pessoal, não assumem o compromisso de dizer a verdade sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. São os chamados informantes.

Diversamente das pessoas que são proibidas de depor, a Lei Processual Penal, em seu art. 206, faculta a algumas pessoas (ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, o pai, a mãe, o filho adotivo), a recusa de depor, caso haja outros meios de provar as alegações que envolvem o fato. Caso sejam estas pessoas ouvidas, serão ouvidas sem prestar o compromisso de dizer a verdade.

Informantes, conceitualmente são aquelas pessoas que são ouvidas, porém sem prestar o compromisso de dizer a verdade. Além das pessoas do art. 206, que porventura prestarem seus depoimentos, também estão incluídos os menores de 14 (quatorze) anos, os doentes e deficientes mentais conforme disposto no art. 208 do código de processo penal.

3 I DAS DECLARAÇÕES DO (A) OFENDIDO (A)

Além da prova testemunhal (compromissada ou mero informante), o Código de Processo Penal permite/estabelece que o sujeito passivo do crime, objeto da pretensão punitiva, seja ouvida. Esta espécie de prova é encontrada nos artigos 201 do diploma processual penal, e estabelece que sempre que possível o ofendido será ouvido.

A definição do que vem a ser o ofendido, se difere da testemunha, na medida em que enquanto esta é um terceiro divorciado do plano processual (de quem se espera uma ação imparcial), aquela é parte integradora do fato em julgamento e sim “a pessoa diretamente atingida pela infração, ou seja, cujo bem jurídico fora violado em decorrência do delito”. (DEZEM, 2016, P. 575), sendo assim, por não ser considerada testemunha, a declaração do ofendido não está submetida ao compromisso do dizer da verdade.

Apesar de figurar como a parte mais “prejudicada” na relação processual,

o ofendido tem alguns deveres a seguir, como, dentre outros a obrigatoriedade de comparecimento, quando intimada, e sem a apresentação de justificativa plausível de sua ausência, sob pena de ser conduzida coercitivamente a Juízo (Código de Processo Penal, 1941).

Por ser uma personagem diretamente atingida pelo crime praticado, a legislação brasileira zelou por proteger, manter ou restaurar a integridade física e, principalmente psicológica do ofendido, ao instituir alguns direitos que devem ser sempre observados, tais como o de ser comunicado dos atos praticados (ainda que por meio eletrônico), sala reservada nos fóruns, para não ser possível o encontro com o acusado, bem como encaminhamento para serviços de atendimentos (multidisciplinares), caso necessário. (DEZEM, 2016, p. 578)

A importância da declaração do ofendido recai principalmente em determinados tipos de crime, conhecidos como crimes clandestinos (ou crimes cometidos na clandestinidade), caracterizados pela ausência de prova testemunhal, já que cometidos em locais não públicos como a residência da vítima ou do acusado, ou ainda, quando cometidos em locais comuns na calada da noite, ou mesmo em lugares ermos e inabitados.

Esta modalidade de crimes causa uma grande dificuldade aos julgadores, já que, na ausência de prova, seja ela prova técnica (pericial) ou testemunhal, vê-se diante de um verdadeiro duelo: de um lado palavra do ofendido (na maioria das vezes, carregada de emoção e sentimentos vingativos), e de outro lado a palavra do acusado/réu.

A pergunta a se fazer é: como fazer um julgamento com base em Juízo de certeza, quando se tem a escassez probatória, e ainda, o que se tem, traz em sua bagagem uma porção elevada de parcialidade, para um ou para outro extremo da relação?

4 | A FORÇA PROBATÓRIA DA TESTEMUNHA DO OFENDIDO.

A consequência da prática destes crimes cometidos longe dos olhos de terceiros (testemunhas), que, em grande parte, se dá nos crimes praticados contra a dignidade sexual e no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, é dar à declaração do (a) ofendido (a) um peso maior do que nos crimes não clandestinos.

Em relação ao peso e a força probatória da declaração do ofendido nos crimes clandestinos, BADARÓ (2016, p. 467) reza que “tem sido dado maior valor probatório à palavra da vítima no caso de crimes cometidos na clandestinidade, por ocorrerem longe dos olhos de terceiras pessoas que poderiam intervir como testemunhas, como nos crimes sexuais”.

O valor dado ao depoimento da vítima nos crimes cometidos na clandestinidade deve ser superior em relação aos crimes que envolvem terceiros (testemunhas), porém, isto deve ser realizado com muita cautela pelos operadores do direito, e em especial, claro, os Magistrados que fundamentarão de suas decisões.

Ao se tratar do depoimento da vítima, deve-se, sempre, ter uma inclinação no

sentido de que a vítima poderá, mesmo que de forma inconsciente, demonstrar uma tendência a “supervalorizar” os atos praticados pelo autor do fato, incrementando detalhes inexistentes, fantasias e outras más tendências a aumentar a chance de uma reprimenda àquele(a) apontado(a) como acusado(a) em um processo penal.

No tratamento e julgamento dos crimes clandestinos cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, especificamente, deve-se profundamente analisar, dentre outros fatores, o relacionamento entre vítima e acusado, já que se podem encontrar nas declarações da ofendida intenções vingativas, retaliações a iniciativa do fim do relacionamento ou outros “imbróglis” dele resultantes, por parte do suposto autor do fato, bem como outras hipóteses de fazer com que não seja dita a verdade real do crime processado.

Os tribunais brasileiros têm entendido que a palavra da vítima não deve ser utilizada como única prova para o embasamento de uma sentença condenatória, devendo ser esta prova ratificada por outros meios legais (perícia, testemunhas, etc), sob pena de necessidade de absolvição do acusado (LOPES JR, 2013, p. 655).

Há ressalvas no entendimento anteriormente especificado dos Tribunais do nosso país. A exceção referida diz respeito aos julgamentos nos crimes clandestinos, bem como nos cometidos contra o patrimônio, cometidos com violência e grave ameaça. Em tais situações:

Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), tem sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas, principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Se de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até por que seria uma odiosa discriminação), por outro não pode haver precipitação por parte do julgador, pois a história judiciária desse país está eivada de imensas injustiças nesse terreno (a recordar, sempre, entre centenas de outros, o chamar “Caso Escola Base”, em São Paulo). (LOPES JR, 2013, p. 657)

Além dos crimes descritos no parágrafo anterior, deve-se atentar, também, para os crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, pelos mesmos motivos, já que, via de regra, ocorrem na clandestinidade.

5 | DA SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR

Nos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar, geralmente ocorridos em meio a um conturbado relacionamento, ou na fase final deste, não há como negar que, por vingança, ódio, ciúmes ou qualquer outro, a vítima possa declarar inverdades, com a finalidade de projetar uma condenação, ou até mesmo agravar a situação do acusado (autor do fato).

Ainda que se refira, principalmente, aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, seu conceito pode ser estendido a todos os outros tipos de crimes, já que, geralmente, a vítima vislumbra uma acusação “supervalorizada” a quem lhe tenha causado mal.

A situação descrita é conhecida como a síndrome da mulher de Potifar, história constata nas Sagradas Escrituras, em seu livro inicial (Gênesis), fazendo referência, exatamente, a uma negação de relação sexual oferecida por uma mulher a José (sevo de Potifar), tendo esta, como retaliação, dito que o seu “alvo” inicial tivesse a tentado sexualmente.

De acordo com a Bíblia Sagrada:

¹E José foi levado ao Egito, e Potifar, eunuco de Faraó, capitão da guarda, varão egípcio, comprou-o da mão dos ismaelitas que o tinham levado de lá.

²E o Senhor estava com José, e foi varão próspero; e estava na casa de seu senhor egípcio.

³Vendo, pois, o seu senhor que o SENHOR estava com ele e que tudo o que ele fazia o SENHOR prosperava em sua mão,

José achou graça aos seus olhos e servia-o; e ele o pôs sobre a sua casa e entregou na sua mão tudo o que tinha.

E aconteceu que, desde que o pusera sobre a sua casa e sobre tudo o que tinha, o SENHOR abençoou a casa do egípcio por amor de José; e a benção do SENHOR foi sobre tudo o que tinha, na casa e no campo.

E deixou tudo o que tinha na mão de José, de maneira que de nada sabia do que estava com ele, a não ser o pão que comia. E José era formoso de aparência e formoso à vista.

E aconteceu, depois destas coisas, que a mulher de seu senhor, pôs os olhos em José e disse: Deita-te comigo.

Porém ele recusou e disse à mulher do seu senhor: Eis que o meu senhor não sabe do que há em casa comigo e entregou em minha mão tudo o que tem.

Ninguém há maior do que eu nesta casa, e nenhuma coisa me vedou, senão a ti, porquanto tu és sua mulher; como, pois, faria eu este tamanho mal e pecaria contra Deus?

E aconteceu que falando ela cada dia a José, e não lhe dando ele ouvidos para deitar-se com ela e estar com ela,

Sucedeu num certo dia, que veio à casa para fazer o seu serviço; e nenhum dos servos da casa estava ali;

E ela lhe pegou pela sua veste, dizendo: Deita-te comigo. E ele deixou a sua veste na mão dela, e fugiu, e saiu para fora,

Chamou os homens de sua casa e falou-lhes, dizendo: Vede, trouxe-nos o varão hebreu para escarnecer de nós; entrou até mim para deitar-se comigo, e eu gritei com grande voz.

E aconteceu que, ouvindo ele que eu levantava a minha voz e gritava, deixou a sua veste comigo, e fugiu, e, saiu para fora”. (GÊNESIS, cap. 39).

O término desta passagem bíblica é a mesma esperada pelas vítimas que, motivadas por um sentimento vingativo (ou por qualquer outra motivação), imputam aos “algozes” falsas práticas delitivas, qual seja, a punição injusta. No referido texto sagrado, José é entregue por seu senhor (Potifar) ao cárcere, mesmo sem o cometimento crime algum.

Dado o acima exposto, faz-se possível observar a fragilidade que carrega a prova obtida por meio da palavra da vítima, podendo esta ensejar em uma possível e eventual sentença condenatória, bem como na desobediência do princípio de que, havendo um átomo de dúvida, a absolvição é imperativa.

No que tange aos denominados crimes clandestinos, as consequências da valoração absoluta da palavra da vítima é utilizada na elaboração do édito condenatório, mas reflete o momento da produção de provas, no sentido de que, acatando esta linha de entendimento, o autor da ação penal, Ministério Público, não vislumbra a necessidade de produção de outros meios de comprovação da verdade dos fatos, fazendo com que, muitas vezes, a defesa assumo o papel do órgão responsável por provar a não veracidade do alegado, invertendo a ordem processual (ônus da prova).

Em sentido contrário ao entendimento majoritário de que não há possibilidade jurídica de se fazer uma fundamentação adequada de sentença condenatória, baseada, unicamente, na palavra do ofendido, existe uma corrente doutrinária encampando o pensamento de que a palavra da vítima deve ser levada em consideração em uma sentença, porém quando amplamente amparada por outros meios de prova. Neste segmento, nas palavras do prestigiado doutrinador:

A situação psicológica da vítima no processo é bem paradoxal: de um lado, está capacitada mais do que qualquer outra pessoa de reproduzir a verdade, e, de outro, a sua vontade não pode ser considerada como isenta de fatores emocionais. Em primeiro lugar, por ter suportado a ação [...] Não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade. Além do mais, não podemos esquecer que não são raros os casos de pseudovítimas, criadas por uma imaginação traumatizada. (ARANHA, 2004, p. 276)

Entendimento como o supramencionado se demonstra razoável mesmo em casos de prisão em flagrante. Ainda que nessas situações estejam presentes elementos de convicção mais concretos, é possível que a vítima incorra em erro omitindo ou acrescentando fatos ao caso in concreto, mesmo que não prestados intencionalmente devido ao forte e intenso abalo causado durante a ocorrência da infração penal. Tais informações prestadas podem levar a condenação de crimes não cometidos pelo réu, repercutindo diretamente na pena imputada.

Devido a forte e intensa emoção causada durante a infração penal, ainda que presentes alguns elementos de convicção, é possível que ocorra omissões e acréscimos nos fatos, informações estas que podem levar a condenação de crimes não cometidos, mesmo que não prestadas intencionalmente.

Ainda que não se comprove a presença/existência de características presentes na

chamada Síndrome da mulher de Potifar em um caso concreto de crimes clandestinos, impossível divorciar absolutamente a vítima de uma carga emocional considerável, no sentido de criar algum tipo de fantasia ou exagero no momento de reviver e narrar os fatos por ela sofridos, seguindo a logística, leciona GRECO:

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações, a suposta vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro. Mediante a chamada *síndrome da mulher de potifar*, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a *verossimilhança* de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente. A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir a absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório. (GRECO, 2010, p. 314)

Por esses motivos expostos, e tantas outras razões que, torna-se necessário um aprofundamento maior no tocante à produção de provas nos crimes cometidos na clandestinidade, e, não havendo quaisquer outros meios de prova além do depoimento do(a) ofendido(a), auferir, inclusive por meios psicológicos e psiquiátricos se a pessoa contra qual o crime foi praticado, não está sendo instrumento da chamada síndrome da mulher de Potifar.

6 | SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR NA ATUALIDADE

Muito embora a tamanha antiguidade do texto bíblico, citado no item anterior, é possível vislumbrar na atualidade situações fáticas advindas, total ou parcialmente, dos embaraços emocionais do indivíduo ocupante do polo ativo (vítima) da relação processual.

Tem-se como exemplo o caso recente de Larissa Borges da Silva, mais conhecida como “Rainha do Golpe”, devido 31 ocorrências, envolvendo crime de Estelionato, Furto, Extorsão e Ameaça, além de diversas tentativas de golpes a terceiros.

Uma das tentativas foi o famoso “golpe da barriga”, onde ela tentou aplicar em um homem que teria saído apenas três vezes. Apresentou exames falsos de gravidez, e chegou a perturbar a vítima no trabalho e em casa. Ao ser rejeitada, tentou ingressar no apartamento daquele. Não sendo autorizada pelo porteiro, Larissa foi motivada por sentimento de vingança e fantasias, que a levaram a adentrar com o carro no prédio onde o homem reside, quebrando o portão de vidro. Não contente, após o delito, se dirigiu à delegacia da mulher e registrou um boletim de ocorrência falso alegando ter sido agredida pelo companheiro.

Desta forma, está cabalmente demonstrada a correlação entre a situação fática supracitada e o texto bíblico, onde a declaração da vítima continua sendo utilizada atualmente como fácil e rápido instrumento de vingança, no sentido de que muitas vezes o mero testemunho do ofendido é suficiente (na concepção de alguns magistrados) para condenação do réu, ou seja, indubitavelmente Larissa se encaixa na Síndrome da Mulher de Potifar.

Assim, resta confirmada a hipótese de que se Larissa não fosse descoberta pelos crimes que já cometeu, teria sido observada/enxergada como vítima inocente, que foi agredida pelo marido, crime que alegaria ter sido cometido em lugar ermo, com difícil acesso às pessoas, etc. E mais um episódio de vingança estaria concretizado.

7 | DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, extrai-se a pergunta: será que o valor probatório da declaração da vítima e de terceiros no curso do processo penal é suficiente para suprir uma condenação? Ou é dever do Estado investir em uma estrutura carregada de tecnologia, aplicações e métodos técnicos para serem utilizados com o fim de buscar a veracidade dos fatos, do testemunho da vítima e do ofendido, objetivando não julgar erroneamente os crimes cometidos clandestinamente?

Entende-se que há uma tendência cultural no Brasil de que o investigado, mesmo na fase processual, é visto/enxergado erroneamente como culpado, quando na realidade não se conhece, nem se presume o sentimento e significado de estar sentado no banco dos réus aguardando possível condenação ou absolvição.

Portanto, conclui-se que é medida justa e necessária o imediato investimento material e técnico, que reprimem e evitam o uso do testemunho e declaração do ofendido como instrumentos de vingança contra o réu, visto que na maioria das vezes, esses são os únicos fundamentos condenatórios utilizados pelo juiz ao decidir sobre a sentença.

Por fim, para concretizar o raciocínio construído no decorrer das análises realizadas, é válido observar a frase do grandioso filósofo iluminista francês François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire, que diz: “Mais vale arriscar-se a salvar um culpado do que a condenar um inocente”.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A.J.Q.T.C. **Da prova no processo penal**. 6º. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BADARÓ, G.H. **Processo Penal**. 4º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Decreto lei nº 3. 689, de 03 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de Agosto de 2017.

DEZEM, G.M. **Curso de Processo Penal**. 2º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, R.B. **Manual de Processo Penal**. 3º .ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 10º. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. III. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DO STF SOBRE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Ana Letícia Mendes Costa

Universidade de Fortaleza
Fortaleza - Ceará

Lohana Giafony Freitas de Luna

Universidade de Fortaleza
Fortaleza - Ceará

Marina Monteiro Silva

Universidade de Fortaleza
Fortaleza - Ceará

Anarda Pinheiro Araújo

Universidade de Fortaleza
Fortaleza - Ceará

RESUMO: O presente artigo tem como principal pauta a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto da execução provisória da pena, a partir da relativização do princípio da presunção de inocência no cumprimento da reprimenda antes do trânsito em julgado. Foi realizada a análise dos habeas corpus nº 84.078 de 2009 e nº 126.292 de 2016, procedendo-se, ao final, à apresentação dos resultados obtidos por meio de uma pesquisa empírica das decisões do STF entre os anos de 2009 e 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência. Execução provisória. Princípio da proporcionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article has as main guideline the change of understanding of the Federal Supreme Court on the institute of the provisional execution of the sentence, from the relativization of the principle of the presumption of innocence in the fulfillment of the reprimand before the restraint. The analysis of habeas corpus no. 84,078 of 2009 and nº 126,292 of 2016 was carried out, and the results obtained by means of an empirical research of the decisions of the STF between the years of 2009 and 2016 are presented.

KEYWORDS: presumption of innocence. Provisional execution. Principle of proportionality. Federal Supreme Court.

1 | INTRODUÇÃO

Execução é o termo utilizado no processo penal para designar o cumprimento da sentença judicial quando esta possui caráter condenatório. Logo, executar provisoriamente conduz à ideia de cumprir uma decisão que ainda não está propriamente concluída, tratando-se, portanto, de uma conduta realizada no momento que a ela não foi destinado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) muito discutiu acerca da execução provisória, chegando a decretar a sua inconstitucionalidade em 2009, por

entender, diante de um placar de sete votos a quatro, que tal ato ofendia o princípio constitucional da presunção de inocência. Todavia, em 2016, o Supremo reuiu sua decisão e retrocedeu ao posicionamento que permitia a execução antecipada sob os argumentos expostos exaustivamente no *Habeas Corpus* nº 126.292.

Para tal manobra, os ministros do STF, em sua maioria, a exemplo de Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, consolidaram a possibilidade de “convivência pacífica” entre os institutos da execução provisória da pena e do princípio da presunção de inocência. Este argumento, inclusive, levantou como base a utilização da fórmula de sopesamento desenvolvida por Robert Alexy.

Sendo assim, o órgão de cúpula tentou aplicar a teoria invocada pelo princípio da proporcionalidade, que aduz ser necessário equilibrar os conceitos jurídicos para satisfazer a legislação sem, contudo, violá-la. Para tanto, procurou-se ponderar a presunção de inocência e a efetividade da prestação jurisdicional, obtendo o resultado exarado no entendimento resgatado em 2016.

2 | METODOLOGIA

Os resultados da pesquisa aqui apresentada são fruto de uma intensa colheita de dados realizada no site oficial do Supremo Tribunal Federal, especificamente na plataforma de pesquisa de jurisprudência. Foram procurados os termos “presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade ou execução provisória ou presunção de não culpabilidade”, sendo delimitadas as datas 01/01/2009 a 31/12/2016. A escolha do recorte temporal se deu por ocasião das duas decisões da Corte que provocaram a mudança na jurisprudência, a qual é o alvo do estudo desenvolvido, quais sejam os *Habeas Corpus* nº 84.078 de 2009 e nº 126.292 de 2016. No mais, a pesquisa empírica apresenta como suporte uma bibliografia de cunho qualitativo, por ter sido utilizado material anteriormente publicado, ao qual se procedeu a uma análise de aplicação à vida social.

3 | A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução provisória da pena consiste na determinação do cumprimento da reprimenda imposta pelo Poder Judiciário ao sujeito condenado pela prática de uma conduta tipificada como crime, quando tal sanção é confirmada após segunda instância. Isto se dá porque no segundo grau se esgotam as possibilidades de exame de mérito da demanda processual, restando à defesa, após o julgamento do recurso de apelação, buscar a reforma da decisão em termos extraordinários relacionados à uniformização dos entendimentos acerca do texto legal.

Todavia, a possibilidade de recorrer extraordinariamente às cortes de uniformização implica, em regra, na falta de efeito suspensivo das demandas. Tal

característica levou o Supremo a entender, por equívoco, que a supressão permitia a execução provisória da pena mesmo existindo a previsão constitucional da presunção de inocência assegurada até o trânsito em julgado da decisão (LOPES JR., 2017).

Rodrigo Roig (2014) salienta que mais adequado seria nomear a prisão executória sem trânsito em julgado de “execução antecipada da pena”, visto que a Lei de Execução Penal (LEP) disciplina a execução da pena provisória para beneficiar os réus que tem contra si uma prisão decretada durante o curso do processo. Esta prática é baseada em assegurar ao preso os direitos concedidos a título de progressão de regime de cumprimento diante do tempo de duração do ato repressivo, além das demais benesses.

Desde a Constituição de 1969, promulgada no governo Getulista, vigorava o entendimento de se executar provisoriamente a sanção penal, quando ainda havia recursos pendentes. Todavia, o texto de tal diploma constitucional nada falava a respeito da presunção de inocência, contrariamente à Constituição Federal (CF) de 1988, que traz o princípio como garantia fundamental de forma expressa. Esta linha temporal é delineada no Habeas Corpus nº 91.676, através do voto do ministro Ricardo Lewandowski.

No mesmo julgado, restou também demonstrado que a primeira turma do STF já se inclinava no sentido de não ser possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença. A fundamentação apresentada fez referência à previsão do princípio da presunção de inocência estar previsto na CF de 1988, ao passo que a segunda turma defendia ser possível o cumprimento antecipado da decisão.

Em 05 de fevereiro de 2009, foi levado ao Plenário da Corte o Habeas Corpus nº 84.078, para ser discutida a questão iniciada na pauta da mesma ação em 2004, que tratava da possibilidade de se executar a pena provisoriamente. Nesta ocasião, diante do placar de sete votos a quatro, foi estabelecido ser inconstitucional o cumprimento da pena de modo antecipado.

Após esta decisão, os julgamentos foram no sentido de proibir a execução da pena antes do trânsito em julgado. Entretanto, apesar de não ser o entendimento compartilhado pelos ministros que integraram a minoria vencida, estes acabaram por aplicar o que havia sido decidido, mesmo salientando em seus votos as críticas que entendiam cabíveis.

Em 2016, todavia, o ministro Teori Zavascki, relator do Habeas Corpus nº 126.292, levou este caso ao Plenário para propor mudança de entendimento acerca da execução provisória da pena. O julgamento acabou sendo decidido por uma maioria de sete votos, tal qual o posicionamento firmado em 2009, mas agora em sentido contrário: decidiu-se pela possibilidade da execução antecipada da pena.

Na ocasião, foram levantados argumentos como o fato de ser o Brasil o único país que aguarda o trânsito em julgado da condenação para promover a execução e a possibilidade de o réu buscar o Judiciário para corrigir eventuais erros caso reste

provada a sua inocência, o que foi explanado pelo ministro Teori Zavascki. Também foi salientado, pelo ministro Luís Roberto Barroso, a possibilidade do cumprimento da reprimenda, visto que o princípio constitucional da presunção de inocência, segundo ele, perde o peso de forma gradativa quando as decisões judiciais vão sendo proferidas no processo.

3.1 O POSTULADO DE ROBERT ALEXY

Diante da questão relativa ao princípio da proporcionalidade, é imprescindível atentar para a simetria resguardada na legislação penal quando há a busca pela preponderância de uma regra sobre uma garantia. O postulado de Robert Alexy (2015) chama atenção para a fórmula que tem como base teórica o princípio como fonte da regra, estabelecendo que apenas um princípio pode ser confrontado com outro de mesma natureza, mas que tutela um bem jurídico distinto. O objetivo final é equilibrar a aplicação de ambos, sendo primordial que sejam aplicados em maior ou menor grau ao caso concreto. Portanto, uma regra pode ser afastada, mas não um princípio (GUERRA, 2007).

Neste sentido, se uma norma que passou pelo trâmite legislativo tem força relativamente menor que um princípio, diferente entendimento não pode ser aplicado em relação a um julgado do STF. Assim, a presunção de inocência, base do ordenamento jurídico brasileiro, possui não apenas força normativa, mas também principiológica, capaz de se sobressair frente à interpretação que buscou suprimir-lhe, sendo a efetividade da prestação jurisdicional uma consequência da obediência à legislação brasileira e, portanto, faz da obediência ao princípio uma forma de atenção à própria efetividade.

Não se pode negar que os votos anexados ao inteiro teor do Habeas Corpus nº 126.292 de 2016 demonstra que houve uma tentativa dos ministros do Supremo de aplicar o princípio da proporcionalidade para ponderar a aplicação dos princípios, tal qual designado na formula de Alexy. Entretanto, o ministro Luís Roberto Barroso acentuou em seu voto que a ponderação por ele realizada entre a presunção de inocência e a efetividade da prestação jurisdicional, partiu do pressuposto de que a primeira tem sua força gradativamente reduzida com o avanço do processo e “consequentes” condenações. O ministro ainda se apoiou em dados estatísticos (citando seus resultados, porém não revelando a fonte nem a metodologia utilizada na colheita dos dados) que apontaram uma mínima probabilidade de reforma da condenação.

Por outro lado, restou evidenciado que os posicionamentos exarados nos votos, por vezes, fizeram parecer que seu redator buscava reunir argumentos que corroborassem aquilo que já estava decidido. Assim, resta indagar qual o limite da discricionariedade dos julgadores temem realizar uma conclusão sobre determinado assunto despida da devida imparcialidade.

3.2 A ANÁLISE DOS DADOS COLHIDOS POR MEIO DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

Diante das mudanças de entendimentos majoritários do STF sobre a forma como a presunção de inocência seria afetada pela execução provisória da pena, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial no site do Supremo sob os termos “presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade ou execução provisória ou presunção de não culpabilidade”. Para isso, também foi delimitado o período temporal compreendido entre 01/01/2009 a 31/12/2016, visto que, respectivamente, em 2009 e 2016 foram proferidas as decisões que mudaram o entendimento da corte.

Assim, foram encontrados, inicialmente, 1.099 julgados de diferentes naturezas, dos quais foram colhidas as ações de *Habeas Corpus* (HC) e os Recursos Ordinários em *Habeas Corpus* (RHC). A escolha foi baseada na tutela exercida por tais remédios constitucionais, posto que tutelam a liberdade de locomoção, podendo ser a ameaça real, concretizada ou potencial (OLIVEIRA, 2017). Posteriormente, passou-se a leitura do inteiro teor dos documentos, momento em que se compreendeu que, apesar de muitos conterem os termos buscados, não se tratavam efetivamente de execução provisória da pena.

No ano de 2009, foram encontrados 118 documentos, dos quais 16 tratavam de execução provisória. No ano seguinte, 2010, apesar de 142 julgados se encaixarem no perfil buscado, apenas três eram sobre execução provisória, fato que se repetiu em 2011, quando apenas três dos 113 documentos tratavam do tema. O ano de 2012, todavia, trouxe um recorte de 142 documentos, dos quais nenhum atendeu aos parâmetros da busca. O ano de 2013 indicou novamente três julgados colhidos dentre o total de 157. Em 2014, dois *Habeas Corpus* foram retirados de uma base de 135 documentos. 2015, apesar de conter 171 julgados, não possuía nenhum sobre a execução provisória da pena, o que foi divergente do ano seguinte, 2016, quando, diante de 121 documentos, sete tratavam do tema. Por fim, seguem os números encontrados, todos de RHCs e HCs:

2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
HC	HC	HC		HC	HC		HC
99.891	96.500	107.547		119.759	123.183		126.292
HC	HC	HC		HC	HC		RHC
91.676	100.346	106.886		115.839	121.320		133.150
RHC	HC	HC		HC			HC
93.172	102.388	107.178		116.867			135.482
HC							HC
94.408							136.959
HC							HC
84.078							135.644
HC							HC
98.463							135.347
HC							RHC
97.523							134.634
HC							
97.143							
HC							
97.928							
HC							
96.244							
HC							
93.062							
HC							
96.029							
HC							
98.166							
HC							
93.857							
HC							
96.059							
HC							
96.186							

Tabela desenvolvida pela equipe do projeto utilizando os dados encontrados na pesquisa

Neste contexto, os anos que contêm o maior número de decisões sobre a execução provisória são aqueles em que ocorreram as mudanças de entendimento, quais sejam 2009 e 2016. Todavia, os números são bastante reduzidos se comparados ao total inicial de 1099 julgados. Isso se deu porque, em diversas ocasiões, a defesa impetrou a ação constitucional para tentar convencer o Supremo de que a prisão que buscava aniquilar tratava-se de uma execução provisória, quando, na verdade, a análise revelou que a decretação ocorreu pelo atendimento aos requisitos da prisão processual preventiva, quais sejam aqueles exarados nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Não obstante, o total inicial era composto de vários tipos de instrumentos processuais, os quais não apresentavam compatibilidade com a pesquisa desenvolvida.

Ao aprofundar a busca, constatou-se, ainda, que no ano de 2009 nenhum ministro determinou o início da execução provisória, tampouco permitiu que continuasse aquela que já estava em curso. Todavia, em 2010, o *Habeas Corpus* nº 100.346/SP foi indeferido sob o argumento de se tratar de uma manobra da defesa para tentar procrastinar o cumprimento da pena com vistas à prescrição da pretensão punitiva estatal, levantado pelo ministro Ricardo Lewandowski. O mesmo argumento foi utilizado pelo ministro Luiz Fux para indeferir o *Habeas Corpus* nº 121.320/SP em 2014.

Já em 2016, seguindo o entendimento do *Habeas Corpus* nº 126.292, nenhum dos documentos constantes na pesquisa que efetivamente tratavam de execução provisória da pena, ou seja, aqueles presentes na tabela, incluiu uma decisão contrária a tal posicionamento. Todavia, note-se que as ações encontradas são de relatoria dos ministros que fizeram parte da maioria vencedora na votação do tema, sendo eles Edson Fachin e Teori Zavascki.

No mais, em 01 de julho de 2016, o ministro Celso de Mello proferiu em seu voto no *Habeas Corpus* nº 135.100 a contrariedade a respeito do entendimento que fora retomado, reiterando os argumentos do seu voto para o *Habeas Corpus* nº 126.292 e alegando que esta decisão não possuía efeito vinculante, visto ter se dado em processo singular. Todavia, em 05 de junho de 2017, o jurista tornou proferir decisão nesta mesma ação, dessa vez tornando sem efeito a concessão do pedido anteriormente realizada, com base na repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 964.246/SP.

4 | CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência, garantia expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, é diretamente afetado pela execução provisória da pena, visto que o instituto sacrifica garantias fundamentais do cidadão, fato que abre margem para argumentos autoritários. Todavia, com a mudança de entendimento dos ministros no *Habeas Corpus* nº 126.292 de 2016, restou evidenciado que os posicionamentos haviam mudado em decorrência de situações fáticas e não de uma nova interpretação da Constituição, fazendo daquele um julgamento de cunho político.

A análise jurisprudencial mostrou que o Supremo mudou de entendimento de modo repentino, não sendo este conteúdo explicitado nas decisões sobre o tema compreendidas entre os anos de 2009 e 2010. Isso vai de encontro ao ocorrido no ano de 2009, no qual o próprio *habeas corpus* 84.078 trouxe à tona a discussão em 2004, o que já havia acontecido em outras ocasiões.

Ainda no corpo do *habeas corpus* nº 126.292 de 2016, a alusão à fórmula de ponderação desenvolvida por Robert Alexy foi falha, visto que ao invés de considerar os fatores elencados na fórmula, apenas fora relativizado o princípio constitucional da presunção de inocência. A consequência prática, para tanto, é, em um primeiro momento, a fulminante decretação de prisões executórias, o que findará por desaguar no efeito teórico, que é a insegurança jurídica capaz de provocar na supressão de outras garantias do cidadão.

No que diz respeito à análise jurisprudencial, o que se observa é uma série de entendimentos diferentes entre os 11 ministros, a exemplo do ministro Ricardo Lewandowski, que, apesar de contrário à execução provisória, mostrou-se favorável a ela em uma situação específica, qual seja a identificação de interposição de recursos protelatórios. Ademais, aduz-se aqui a necessidade de uma reflexão teórica por parte

do STF, para que este tome como base nas suas decisões o respeito às normas protetivas, pois estas possuem a sua razão de ser.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292/SP, 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <file:///C:/Users/anale/Downloads/texto_309493860.pdf>. Acesso em ago. 2016 e ago 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.676/RJ, 2009. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598715>>. Acesso em jan. e ago 2017.

CONTRERAS, Sebastián. Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales. **Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas**, ISSN 1515-7190, v. 14, n° 02, dez. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. **Jueces para la Democracia**, n° 16-17, 1992.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Rio Grande do Sul, v. 31, n. 65, p. 25-41, jan./jun. 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBEIRO, Carlos Eduardo Fernandes Neves. Mitos garantistas: uma análise da legitimidade da execução da pena na pendência de julgamento dos recursos excepcionais. **Revista dos Tribunais**, v. 899, p.386-430, set. 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. “Execução penal: teoria crítica». São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTIVAÇÃO DOS ALICIADOS A PARTICIPAR DO TRÁFICO DE PESSOAS NA FRONTEIRA DO MS: Incidência e Vulnerabilidade

José Manfroi

(Ucdb) Professor Doutor

jmanfroi@terra.com.br

Maucir Pauletti

(UCDB)

Professor Mestre

maucir@ucdb.br

Edenilson Rodrigues de Jesus

Curso De Direito

edenilsonrjesus@gmail.com

RESUMO: Este Trabalho “Análise do Tráfico e Migração de Pessoas na Fronteira de Mato Grosso do Sul: Incidência e Vulnerabilidade”, foi formado por professores-pesquisadores e acadêmicos-pesquisadores das Universidades Católica Dom Bosco (UCDB) e Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS) e outras universidades. A pesquisa pretende apresentar resultados capazes de basificar raciocínios na situação dos explorados, em termos de esclarecimentos ou mesmo medidas mais práticas, uma vez que é a partir das pesquisas que se promovem mudanças nos cenários modernos da sociedade. A pesquisa de campo com realização de entrevista em órgãos possuidores de potencial de informação concernentes à elucidação do problema de pesquisa proposto, oferecerá os complementos necessários à

realização de coleta e devido processamento de discussões para conclusões esperadas. A metodologia utilizada na pesquisa foi investigação bibliográfica, inicialmente, com verificação de autores que estudam, pensam e filosofam sobre a questão dos direitos humanos, especialmente sobre a liberdade como direito individual inalienável, sedimentando conclusões aqui resumidas de que é necessário haver inicialmente uma nova mentalidade sobre a questão, pois já há leis suficientes para tal proposta que alcançaria a educação, inclusive a acadêmica, para impressão de um novo tipo de poder de consciência e conseqüentemente de ação, em favor de tratamento digno a pessoas que vem de outras nacionalidades, que deve ser justamente recompensada e não, pelo contrário, ser objeto de exploração criminosa, antes das novas leis, com a excelente nova instrução legal para a migração, a Lei 13445/2017, que possibilita que seja cobrado o devido tratamento exposto, ético.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Tráfico e Migração. 2. Direitos Humanos. 3. Incidência e Vulnerabilidade 4. Fronteiras MS.

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho se insere no contexto de tráfico e migração de pessoas na região

fronteira de Mato Grosso do Sul, apesar da importância temática tocar também no assunto em relação a outros contextos afins e diretos, como por exemplo, a situação das tentativas de alienação para exploração de mão-de-obra, de nativos do Haiti, onde o Brasil realiza um trabalho além-fronteiras, através da Organização das Nações Unidas, a ONU. Especificamente refere-se às motivações que levam aliciados a participar do tráfico de pessoas, em relação aos tipos de vulnerabilidade que potencializam tais ocorrências, de maneira incidente o suficiente para chamar atenção de vários órgãos e organizações sociais, para o problema aqui estudado.

O referido trabalho se justifica em três esferas de entendimento, ligadas entre si: o universo acadêmico, a sociedade e o entendimento individual, porém este último, com filtros vindos dos dois primeiros. O universo acadêmico se interessa por todo tema que proponha investigação, análise crítica e propostas de melhora em pontos sociais que não se encontram pacificadas. Como é caso do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, em se tratando de espaço, as regiões fronteiriças. Corroborando nesse sentido, a existência de várias leis primordiais, como nossa própria Constituição Federal, notória no resguardo dos direitos fundamentais e Tratados Internacionais, dos quais o Brasil se encontra signatário, tais como Protocolo de Palermo, Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional e a Convenção 182/2000 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

A sociedade espera das faculdades, que estas promovam trabalhos que venham alterar a realidade social, em aspectos gerais de qualidade de vida, inclusive a qualidade na sensação de cumprimento em relação à dignidade da pessoa humana. E o trabalho proposto visa justamente tocar nestes pontos.

O crescimento individual do acadêmico certamente passa pela qualidade de temas sob os quais se venha a trabalhar, desenvolvendo entendimentos e propondo discussões. Compreende – se que o tema “Tráfico de Pessoas”, quando trabalhado em pesquisa, trará para o pesquisador enriquecimento do espírito acadêmico e profissional não só do ponto de vista objetivo, mas também moral e ético, justamente em um momento em que os reclames sociais intensificam, nesse aspecto.

Tendo justificado, portanto, o trabalho, apresentam-se aqui os objetivos que nortearão a pesquisa, segundo o tema proposto, que são os seguintes: Geral: Investigar e analisar informações relacionadas ao tráfico de pessoas na região de fronteira do MS, buscando identificar e analisar suas respectivas motivações, conseqüentemente produzir subsídios para crítica e sugestões no tema. Específicos: Produzir as noções propedêuticas necessárias à compreensão histórica e conceitual do tema e seus pontos; analisar a legislação no tocante ao tráfico e ao trabalho escravo; buscar subsídios informativos (artigos jornalísticos idôneos) sobre os pontos em questão, tráfico, trabalho escravo e exploração sexual; verificar casos concretos e propostas de solução jurídico-social; produzir as considerações, para a conclusão do trabalho, através de organização via fichamentos.

A metodologia, em um primeiro plano, é a análise do conteúdo através de

bibliografias com levantamento histórico, legislação, doutrina e jurisprudência ligada ao tema, demonstrando a real situação migratória ilegal e exploração de mão-de-obra, aproximando de modelos de escravidão moderna, bem como de exploração sexual, com utilização de entrevista direta, com autoridade jurídica sobre o tema. O capítulo a seguir refere-se à fundamentação teórica e virá a seguir a fundamentação prática, através de verificação da concretude existente em relatórios presentes em trabalhos fundamentados sobre o tema, e uma entrevista direta com o Procurador do Ministério Público do Trabalho no Estado de Mato Grosso do Sul – Mestre em Estudos Fronteiriços e Mestre em Direitos Humanos.

2 I FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Quando nos deparamos com tanta barbárie produzida pelo homem em seu próprio desfavor, não há como considerarmos sem indagar sobre a origem de tantas crueldades por parte do ser humano onde a palavra humanidade deveria ser sinônimo de igualdade, liberdade e fraternidade. Qual seria tal origem? Teria Hobbes razão em propor o homem como um lobo de si próprio, um ser com pré-disposição em naturalmente explorar seu semelhante?

Para Karl Marx a exploração do homem pelo homem está substancialmente presente nas de trabalho. A sempre citada luta de classes, em seu trabalho, remete a eternos esforços de exploração, flertando com a semiescravidão. Nessa linha de raciocínio de Marx, Hanna Arendt inclusive abarca o próprio Hobbes, quando observa sobre a responsabilidade que o nosso ser como linguagem difere de todos os outros animais. O lobo age por instinto, o homem por consciência, ao passo que o primeiro apenas se defende, o segundo agride, se importando somente com o resultado que lhe é mais favorável.

Em relação à consciência, Voltaire dá uma metáfora bastante contundente, quando o homem não é a linguagem à qual se refere Arendt:

Um selvagem ainda criança, estando com fome, receberá de seu pai um pedaço de um outro selvagem. Pedirá o mesmo no dia seguinte, sem imaginar que se deve tratar o próximo do mesmo modo que nós mesmos quereríamos ser tratados. Faz maquinalmente, insensivelmente exatamente o contrário do que ensina esta verdade eterna.

Verificando-se a palavra selvagem no contexto homem lobo do homem, o comum é que se evoque uma imagem verdadeiramente de selvagem, outra espécie que não o homem, porém o filósofo John Locke aborda tal questão lembrando que inúmeras vezes na história soldados cristãos bem-educados em cidades tomadas de assalto, pilham, esganam, violam, matam, não somente sem remorso, mas com prazer encantador, honra, glória e aplausos de todos os seus pares.

Locke inclusive exemplifica objetivamente com a noite de São Bartolomeu na era da inquisição massacre de homens mulheres e crianças, a Igreja em seu período

indigno promovendo gritos, desmaios e mortes em tortura nos infelizes de celebrar a Páscoa de modo diferente de seus inquisidores.

Em se tratando da situação de vulnerabilidade, que em princípio limita o campo de ação do ser humano, deixando a mercê da exploração e do aliciamento, como condição de subsistência. Para Amartya Sen, a condição de vulnerabilidade, configura uma das formas de privação da liberdade do ser humano, no sentido de que este se torna refém de escolhas que lhe são impostas, em razão das mínimas condições de subsistências.

Convém antes de tudo, em favor do entendimento propedêutico, promover o entendimento sobre o que é fronteira. Considerando um importante trabalho, do Mestrando Rodrigo Maia Marcelo Pirani, dissertando sobre oportunidades e desafios em favor da integração fronteiriça na região de Mato Grosso do Sul, propõe, em sua pesquisa o seguinte conceito, no tema:

Nos estudos de fronteira, aspectos metodológicos revelam-se desafiadores, principalmente pela sua genética multidisciplinar, demonstrando toda a grandeza do tema. Não haver uma metodologia específica significa, por um lado, um problema, pois abriga o estudioso a aceitar o improvisado, e, por outro, implica em uma solução, por não permitir receituários, tão comuns nos estudos acadêmicos atuais. Dois traços metodológicos merecem considerações: os pressupostos generalizantes e a bibliografia.

A importância de se conceituar corretamente é bastante ampla, principalmente porque é necessário se ater à realidade econômica que é aquilo que nos faz seres sociais, antes de tudo. É impossível pensar em qualquer coisa dentro das políticas sociais, ou mesmo de severas investigações sobre pontos que podem contrariar tão vigorosamente a civilidade que as leis passam a ser um suporte único, para que se cumpra o mínimo no bem-estar social, sem tocar na economia, de fato. A globalização está, factualmente sempre nos lembrando que são necessárias alianças para fortalecer nações, e o fortalecimento de nações, verdadeiramente só poderá ser realizado se há seriedade no cumprimento dos valores humanos mais caros que são a liberdade, igualdade e fraternidade.

O conhecimento primário sobre o que são as fronteiras e como funcionam, no Mato Grosso do Sul, não é hoje suficiente para que se tenham esclarecidos importantes pontos ligados aos direitos individuais. Entre tais direitos está aquele de o indivíduo trafegar livremente, uma vez que tenha amparo legal para tal, muitas vezes bastante amplo, devido a tratados que buscam melhorar o relacionamento entre países, social e economicamente. Essa assertiva ganha força quando se percebe que hodiernamente há uma teia naturalmente forte em relação à interdependência entre as “cidades irmãs”, inclusive aí se inserindo o setor produtivo.

Birol et al traz em seu trabalho um raciocínio que aponta certa prevalência em incidência, no tráfico de pessoas, no Brasil, nas regiões fronteiriças ao Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. É importante observar, quanto a esse aspecto, que o estado de Mato Grosso do Sul tem como relevo ser uma região de trânsito e não de destino, o

que não o exime de culpa nas ocorrências de tráfico de pessoas, ainda mais quando se nota que é justamente nas rotas que o potencial de fiscalização por parte dos órgãos de polícia e outros de apoio, se eleva. Após a chegada e acomodação, torna-se mais difícil a identificação da atividade ilícita.

Quanto à vulnerabilidade, que define o potencial de vítima do tráfico, trata-se da situação individual ou coletiva sobre se encontrar em situação de risco, ou ser explorado. Vários são os fatores relacionados, como deficiências mentais ou físicas, sexo, idade, etnia, identidade de gênero, orientação sexual ou hipossuficiência econômica. Existe a vulnerabilidade circunstancial, quanto à condição econômica, o indivíduo desempregado ou em extrema pobreza tem pré-disposição à dependência. A vulnerabilidade múltipla ocorre como no exemplo de uma adolescente do sexo feminino, lésbica e pertencente a determinada comunidade indígena.

Ocorre, quanto às mulheres bolivianas presas em Corumbá – MS, que várias não têm residência na região de fronteira.

O trabalho infantil, decorre geralmente da anterior necessidade das mães, em condições de hipossuficiência às suas crianças, que procuram oportunidades de subsistência. Neste contexto, observa-se o grande volume de ingresso, ou pelo menos tentativa de ingresso, de mulheres bolivianas em território brasileiro, com respectivo baixo índice de retorno, isto quando não alvo de detenção por algum tipo de delito.

Nesse sentido, se percebe que mesmo medidas governamentais visando proibições, acabam por tornar atrativas as propostas de aliciamento, ao passo que a pessoa que se insere no contexto de migrante, é posta, dadas as condições de hipossuficiência, culturais e de língua, na ilegalidade. Condição extremamente favorável ao tráfico e conseqüentemente a exploração sexual e de mão de obra como alternativa ofertada a estes imigrantes pelos aliciadores.

Apesar da Legislação Brasileira proteger o trabalhador, desde que esse esteja inserido no ambiente de trabalho que possibilite e respeite a tríade normativa de proteção ao trabalhador. É possível encontrar em diversos setores produtivos a prática de trabalho análogo ao de escravo. Nesse sentido, pretendemos, a luz dos artigos 149, CP e 149 – A, CP, expor quais atividades que estariam sendo praticadas na região da fronteira de Mato Grosso do Sul que pode estar infringindo tais dispositivos legais.

Em contrapartida, os setores empregadores sempre tentam através do poder econômico, aprovar medidas que revestidas de legalidade podem se tornar mecanismos de autorização para a exploração de mão-de-obra. O que antes era feito de maneira enganosa pelo empregador rural, conforme adverte Cícero, agora poderá vir a se tornar realidade através da PL 6442.

Outra forma de exploração pode ser aquela que muitas vezes não é entendida como tal, pois, em função da valorização da moeda brasileira frente a de nossos países vizinhos, o trabalhador estrangeiro é encontrado nas fazendas, principalmente em colheita de mandioca sob condições degradantes em com baixíssima remuneração. Situação que coloca o Mato Grosso do Sul em 7º (sétimo) lugar no ranking nacional

entre os estados que mantêm trabalhadores em situação análoga à de escravidão.

Inicialmente pressupõe-se que exploração de mão de obra de trabalhadores estrangeiros, que geralmente adentram o país de forma irregular, em território nacional seja esporádica, mas os números são alarmantes conforme levantamento feito já se estima entre 60.000 e 300.000 imigrantes.

A antepassada mercantilização de seres humanos retorna à atualidade com nova roupagem, quando o migrante, agora com fenômeno globalização, se depara com novas fronteiras, que não apenas territoriais, mas aquelas que se precisa ultrapassar para ser considerado um cidadão de direito neste ou naquele País. E quando isso não ocorre, o também antepassado mercador de escravos, reaparece, agora em forma de aliciador, para um novo e lucrativo mercado, o do Tráfico de Pessoas.

Portanto, entende-se que seja extremamente importante identificar as motivações e a incidência deste novo modelo criminoso, que tem como principal campo de atuação as regiões de fronteira. Ao se levar em consideração a preservação da dignidade da pessoa humana, como pressuposto essencial, se pretende, através desta pesquisa, tocar as mazelas que propiciam as atividades criminosas, e, portanto, propor aspectos relevantes no enfrentamento ao tráfico de pessoas nas Regiões de Fronteira.

Hanna Arendt, bastante conhecida filósofa judia, inicialmente discípula de Heidegger, teve uma experiência bastante próxima da alta reflexão sobre a natureza humana em relação ao poder, tanto no campo teórico, quanto no campo prático, pois vivenciou os horrores da Segunda Grande Guerra Mundial entre 1940 e 1945, justamente com uma carga de poder opressor sobre sua natureza como nação; conheceu a violência vestida de poder, de tal forma que jamais deixou de refletir sobre isso. Suas reflexões, em relação à cita Grande Guerra, naturalmente se liga aos pensamentos sobre os Direitos Humanos; é ela que observa que o poder é atingido pela sociabilidade, pela concordância das pessoas; esse consenso sobre o alcance do poder é legítimo, diferente da violência, que é justamente quando o poder consensual sofre abalo estrutural e funcional; para Arendt a violência vai contra a ideia do poder, o poder pela violência é violência e não mais poder. Seus raciocínios buscam a definição de cidadania dentro dos Direitos Humanos.

Ghiraldelli observa sobre o caráter humano do trabalho, segundo Arendt, que seria a realização produtiva ligada à condição de cidadão, em que pode ser o sujeito, livre, ter tempo ócio para realizações, para ações em favor próprio, embora realize tarefas chamadas trabalho, em favor de produção que interessa o funcionamento da cidade (polis).

Arendt observa que a situação de escravo é altamente degradante, e parte de um infeliz acaso, quando nasce em tal condição, é feito como um animal doméstico, algo inadmissível para o que entendemos como situação humana; embora participe da construção econômica, nela é apenas uma peça, descartada se não tem mais utilidade em sua sofrida função, e substituída tão logo se possa, por outro indivíduo que cumprirá também a função de peça de um grotesco mecanismo com fins econômicos

terceirizados. Nessa terceirização, a condição de escravo aparece quando se participa da construção ou produção de algo do qual não poderá jamais usufruir; nesse sentido é que Arendt nota que Marx aponta que para sair de tal papel de escravo, o sujeito terá que lutar inicialmente contra a alienação, tomar para si a consciência de que deve lutar contra a situação que o faz escravo, a partir de seus pensamentos sobre seu ambiente e condição geral.

O trabalho deveria estar ligado ao labor, para o exercício de sobrevivência, Arendt chama atenção sobre a violência, quando esta vai tomando conta de um sistema, e se fazendo algo nefasto, notando que a vida privada deveria ter na propriedade algo em favor da vida. A condição do “meu”, criticado por Rousseau, abrange tanto a área física, objetos, como os seres. Assim é que se pode raciocinar que o tráfico trabalha com as explorações nos vários níveis, inclusive com a mais cruel delas, especialmente algo de horror, que é a busca de utilização de órgãos, obviamente acabando com a vida dos envolvidos como explorados.

É importante, em se tratando de definição teórica de trabalho, verificar que Arendt distingue labor, obra e ação, notando que deve haver atenção em relação à durabilidade destas três atividades; às três “correspondem três condições humanas: vida, pertencer ao mundo (mundanidade) e pluralidade” Arendt. Distingue ainda a esfera privada e pública, em que a primeira traria espaços de atividades de trabalho e obra e a segunda, obra de arte ação. Para Arendt a condição humana do trabalho seria a própria vida, atividade visando a satisfação de necessidades básicas vitais, não deixando marca permanente; ela desaparece, perante os atos de consumo. Resumidamente, Arendt pretende mostrar o que é legitimamente humano, necessário, e aquilo que perturba a humanidade, que tira tal caráter do ser, o transformando em peça produtiva, em semiescravo e ou escravo.

3 I FUNDAMENTAÇÃO PRÁTICA

Este capítulo se destina a imprimir o lado prático da questão de pesquisa presente neste trabalho; são verificadas as leis primordialmente pertinentes ao tema, assim como afirmações de ordem prática, como algumas diretamente conectadas à proposta de conteúdo, se tratando neste caso de entrevista que será devidamente referenciada, e que foi realizada junto ao Procurador do Ministério Público do Trabalho no Estado de Mato Grosso do Sul, Mestre em Estudos Fronteiriços e Mestre em Direitos Humanos (UFMS), com perguntas e respostas que elucidam grande parte das indagações aqui suscitadas e que originaram os objetivos propostos.

Observa-se que nossa Constituição Federal é um documento que sempre provocou crítica positiva no sentido de valorizar os direitos humanos. De seu nascimento até aqui, mesmo com inúmeras regulamentações ainda devidas, tem sido um excelente ponto de partida para a prática ideal de procedimentos sociais e

jurídicos, no que diz respeito ao respeito entre as pessoas e instituições, baseando-se pelo direito amplo à dignidade. Há, em se tratando de um documento base para que se ramifiquem as legislações específicas, em nossa Constituição Federal, clareza de objetivo em relação a respeitar os Direitos Humanos. Porém, obviamente é necessário que haja Leis específicas para problemas específicos; como é o caso dos problemas relacionados à imigração. Nesse sentido, como vinham sendo justamente criticados os institutos anteriores, por não contemplarem clara e completamente os anseios de solução nas questões do assunto, surgiu a Lei 13.445/2017.

A Lei 13.445/2017, novo instituto legal que trata das Migrações no Brasil, vem a melhorar a situação do estrangeiro, em termos de garantia, pois lhe concede melhor suporte, em razão de ser de outra nacionalidade, porém disposto a atuar como trabalhador neste país e com ele contribuir, exercendo também a cidadania, conforme entendida em relação aos direitos individuais que cada um tem para tal exercício. Souza, comentando a Lei 13445/17, observa que o princípio da fraternidade, tão presente na essência constitucional de nosso país, oferece não somente conceituação moral, mas sim um princípio de ética e direito, comportando potencial de dinâmica para que operem todos aqueles que se dispõem por evocação, iniciativa própria ou em serviço institucional, como é o caso, por excelência, dos Promotores de Justiça, na realização da pacificação em relação à colocação adequada daqueles que buscam abrigo no Brasil, para evoluírem e contribuírem socialmente.

Como se percebeu no referencial teórico, através de verificação da obra de Arendt, é necessário, para a pacificação social em termos universais, que haja uma reflexão do outro, a partir do eu, que se trata do principal suporte ético na questão do trato adequado entre seres, principalmente quando há necessidade de socorro assistencial e jurídico entre esses. É preciso, especialmente aqueles que operam no universo jurídico, contemplar a questão presente nos esforços da lei 13445/17, que embora, sim, deva ser realizada uma contemplação e análise humanística, importa que essa reflexão seja base jurídica, antes de tudo, a ignição da vontade objetiva de se realizar em favor de solucionar problemas presentes na imigração.

Nestas reflexões e análises sobre a imigração, é necessário se trazer o conceito adequado ao tema, quanto à vulnerabilidade, condição quase sempre presente no ambiente da pobreza e miserabilidade de várias espécies, que são ponto de partida, geralmente, para uma imigração infeliz sob vários aspectos. E a condição de direitos humanos certamente passa pela necessidade de se compreender o que é o estado vulnerável dos indivíduos e sujeitos.

Em se considerando o Brasil, a desigualdade social é secular e resiste, pois há força de privilegiados em que não evolua tal questão; longe de se discutir aqui méritos políticos específicos, e sim verificando cientificamente a questão, nota-se que os operadores de Direito, assim como de disciplinas próximas, Sociologia, Assistência Social, Psicologia entre outras, tem, como se pode observar, trabalhado para que se diminuam os impactos e resultados, bem como se previnam no que se

possa, através da aplicação de lei, os efeitos da miserabilidade, em que se incluem maus tratos aos vulneráveis, não somente às crianças, mas a todo ser humano em dificuldade de exercício de direitos sociais. A definição de vulnerabilidade vem aí como a compreensão de que o ambiente é situação que se deve focar primordialmente, nota-se embora muitos entendam de maneira simples o que é a vulnerabilidade, na realidade existem inúmeras apreciações e definições neste sentido:

Cutter (1996, apud Schumann, 2014, p. 30) apresenta dezoito definições diferentes de vulnerabilidade, selecionadas de estudos entre 1980 e 1995. Schumann (2014, pp. 31- 40) com o intuito de demonstrar a multidimensionalidade da vulnerabilidade, relaciona as diversas abordagens da vulnerabilidade apresentadas em estudos desenvolvidos desde a década de 80 até o presente momento e apresenta 29 definições de vulnerabilidade, evidenciando a expansão do quadro conceitual até os dias atuais.

Embora haja riscos de errar na conceituação sobre vulnerabilidade a apreciando em conexão apenas com a pobreza, de maneira geral, é necessário entender que é sim, o ponto de partida com inúmeros fatores que propiciam ações que os praticantes de tráfico de pessoas para múltipla exploração consideram, por entenderem que a ausência de recursos inibirá ações contrárias ao andamento do ilícito ou as punições, com efeito de eficácia e exemplo inibidor. A crítica sobre o entendimento da pobreza somente, como causador, decorre do fato de que há prevalência da não prática de submissão em várias situações.

Janczura observa que na prática jurídica, deve-se conceituar a vulnerabilidade social, preferencialmente ligada ao risco. O raciocínio sobre tal conceituação, ajuda a operar preventivamente sobre a questão, além de auxiliar na construção de caminhos realizados pela prática criminosa sobre os vulneráveis, com a finalidade de tráfico para consecução de intento em relação à exploração, inclusive com execução de indivíduos, muitas vezes, para extração de órgãos, que serão utilizados através de uma rede criminosa com outros parceiros participantes dessa cruel operação. A relação entre risco e vulnerabilidade é bastante próxima, embora não se confundam. E as considerações sobre o que se fazer para melhorar a situação de risco e vulnerabilidade para os indivíduos fronteiriços, pode começar por aí e pelo que pode ser realizado a partir da Lei 13445/17.

A Lei 13445/17, como observa Oliveira, após insistência em leis anteriores que não contemplavam a resposta à necessidade de determinadas iniciativas jurídicas na questão, principalmente por parte dos Promotores Públicos, em como representação de um grande avanço na questão migratória no Brasil, abrindo perspectiva para que os conjuntos migratórios já instalados ou que vierem, principalmente por questões humanitárias, possam encontrar o devido abrigo legal. Observa-se que o relevo na Lei 13445/17 se encontra na extinção do anacronismo do Estatuto dos Estrangeiros, que vigorava com base em regime de exceção, a partir de uma doutrina quanto à segurança nacional, em vigor mesmo após a aprovação de nossa atual Constituição. Essa lei é abrangente e naturalmente não contempla apenas as populações fronteiriças, e

sim todas as pessoas migrantes, estrangeiros para aqui ou brasileiros que vivem no exterior, ela inclusive cria a categoria imigrante, embora o conceito já fosse prevalente no universo jurídico brasileiro; também definiu o apátrida, assim trazendo facilitação para o acolhimento de pessoas que vinha perdendo a nacionalidade.

Em relação ao tráfico de pessoas, a Lei 13.445, especialmente em seu artigo 3º trata dos princípios da política migratória do país e toca no ponto da universalidade, indivisibilidade e interdependência em relação aos direitos humanos, rechaçando a xenofobia e o racismo e outras discriminações e especialmente, no citado combate ao tráfico, descriminalizando a migração, oferecendo juridicamente as condições ideais para regularização de situação, de todo aquele que a buscar justamente. A Lei ainda contempla a situação da reunião familiar, igualdade de tratamento e oportunidades, inclusão social, e é muito importante assinalar, determina sobre a questão do labor e produtividade.

O artigo 4º da Lei 13.445/17 toca no aspecto dos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; nota a liberdade de circulação, que anteriormente à citada lei, poderia ser dificultada, conforme os institutos anteriores. Bastante abrangente, toca ainda em medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes, notando-se que isso tem larga importância em inibir a exploração, que poderia se valer de uma brecha nesta questão. Há neste artigo 4º a referência à transferência de recursos e acessos a serviços públicos.

Em relação à entrevista concedida pelo Dr. Cícero Rufino Pereira, com completa e atualizada sobre a questão, cita o Protocolo de Palermo, decreto-lei 5051/2003, um tratado internacional, através da ONU, visando enfrentamento ao crime organizado, especialmente contra mulheres e crianças, especialmente vulneráveis. O protocolo trata de um estudo e atenção mais amplo sobre o tráfico de pessoas, visando inclusive a terrificante prática de remoção de órgãos e adoção com finalidade criminosa. O eminente entrevistado observa sobre as fronteiras, lugares geralmente com maior amplitude quanto à vulnerabilidade.

Quanto a escravização de pessoas, é preciso notar, segundo o Doutor Cícero, que se trata de uma cultura milenar, resguardadas diferenças metodológicas, em relação às leis e repressões legais. Porém, reflete que é necessário compreender a escravidão conforme um conceito atualizado, onde uma situação de utilização de mão-de-obra em situação em que não haja água potável disponível, ou condições de abrigo e vestuário adequado, já se trata de uma situação de exploração tipo escravidão. O Artigo 149 do Código Penal, lembra o Dr. Cícero, se refere, a tal situação.

Em se tratando da prática de combate ao trabalho escravo, o Dr. Cícero observa, na entrevista concedida a este trabalho, que se viveu no Brasil um período de intenso combate à prática criminosa, com realização de inúmeros casos de resgate de indivíduos; prática que trouxe bons ecos para atualidade, embora, tenha havido, lamentavelmente, certo arrefecimento no citado combate.

Observa o eminente entrevistado, que muitas vezes a dificuldade de combate

ao ilícito da exploração de pessoas na região fronteiriça decorre da dificuldade de comunicação devido à linguagem. Neste momento observa a situação dos haitianos no Brasil, que embora não sejam caso de fronteira geográfica, sofreram a exploração em regiões de nosso país, de casos em que se ultrapassou a mera prática de condições irregulares quanto as orientações trabalhistas, entrando-se em situação do tipo escravidão, pelas condições precárias em que se instalaram. Menciona que o trabalho escravo urbano é relacionado à condição de exaustão, em relação à condição urbana, em que aos rurais se caracteriza mais em relação à degradação nos meios de sobrevivência, nas instalações e meios de trabalho.

Para o Doutor Cícero, a Nova Lei de Imigração, 13.445/2017, se trata de uma grande política pública de Direitos Humanos, em que se busca o respeito à universalidade de direitos; busca-se com a lei, inclusive o estabelecimento de direitos para os filhos dos imigrantes, tais como a instrução de língua local; busca-se estabelecer empoderamento tal em situações de vulnerabilidade, que evite o trabalho escravo; claro, com prática de fiscalização em relação aos tratados favoráveis à imigração, visando emprego e mão-de-obra; assim, se fortalecerá o Mercosul como ideia geral de Direitos Humanos, como início de pacificação na questão.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização do artigo promoveu uma visita histórica à questão de direitos humanos, através de autores que debateram com vigor sobre o assunto e providenciaram raciocínios adequados ao tratamento do assunto específico aqui tratado. Pode-se, por exemplo, através Arendt, verificar com precisão que o trabalho é algo pertencente às necessidades humanas, na forma de labor, ou seja, deve conter condições dignas tanto em sua realização como nos direitos a ele atrelado, como o de descansar adequadamente, e poder ter a si usufruto de lazer com a família e a esta dedicar devidas horas, em solução de problemas que surjam.

A revisão teórica confirmou que vários filósofos e pensadores se debruçaram sobre a necessidade da sociedade se revisar em relação à categórica afirmação de que o homem é lobo do homem, de Hobbes, notando especialmente Arendt que nossa própria linguagem traz obrigação de que reflitamos a partir da necessidade constante de concórdia, para melhor usufruto das oportunidades sociais, que devem ser o máximo estendido a todos.

Verificou-se que a prática da exploração do homem pelo homem, ocorre muitas vezes pelo descaso com o potencial negativo da vulnerabilidade, que trará muitas vezes a oportunidade para que se configurem situações de privação de liberdade, para consecução em favor de vantagens financeiras altamente escusas.

Como se verificou na legislação, a partir de uma Constituição Federal bastante focada nos direitos individuais, há suporte para que se pratique a defesa do tráfico

livre das pessoas, há amparo legal, com tratados atualizados, inclusive; em que se busca melhor relacionamento social, político e econômico.

Com verificação de valiosa contribuição, a entrevista do Procurador do Ministério Público do Trabalho do Estado de Mato Grosso do Sul, Doutor Cícero Rufino Pereira, pode-se verificar que a Lei 13.445/2017, veio ao encontro dos esforços constitucionais em termos de garantias aos imigrantes, no Brasil, veio para melhorar a disposição de acolhimento ao estrangeiro que aqui busca um recomeço ou começo de vida digna. Dá-se com a referida Lei, melhor suporte para que os Promotores Públicos operem na busca de estabelecimento do ideal tratamento fraterno, com aplicação da Justiça para que sejam estabelecidos parâmetros e ações de acordo com princípios de ética e direitos atendidos.

É do eminente Procurador, Doutor Cícero, que inclusive assentamos nossas sugestões em busca de solução na problemática de exploração de vulnerabilidades humanas na região de fronteira, que leva ao tráfico para diversa exploração, à escravidão, servidão sexual, e outras práticas criminosas contra a pessoa, em seus direitos mais básicos, como o direito à liberdade e trânsito livre. Ele observa que deve haver antes de tudo mudança de mentalidade na questão, a partir inclusive de atos acadêmicos, notando-se que a educação pode empoderar em termo de Direitos Humanos; é necessário que estes apareçam como disciplina específica, e se fortaleça nossa capacidade de se indignar, que é o princípio para a busca das autoridades competentes, capazes de atuar efetivamente. E essa indicação para os Direitos Humanos como matéria, deve inclusive começar pela educação básica; deve se acabar com a mentalidade de que são apenas coisa de presos, direitos de alguém que matou; sim é direito de todos de qualquer um. E além disso, obviamente aplicar-se o exercício da coibição, da punição aos que infringem as leis em busca de favorecimento econômico de qualquer espécie, como de exploração inadequada de mão-de-obra; nisso, inclusive a ideia de fortalecimento do Mercosul vem à favor do fortalecimento da busca de imposição do respeito aos direitos humanos.

INCIDÊNCIA E VULNERABILIDADE –

Qual seu entendimento e posicionamento em relação à melhora efetiva? Protocolo de Palermo dec-lei 5051 (2003); tratado internacional da ONU, buscando enfrentar crime organizado, especialmente contra mulheres e crianças. ONU trouxe estudos sobre o tráfico de mulheres e crianças de maneira mais ampla, e o protocolo deixou claro que há espécies específicas de tráficos de pessoas; remoção de órgãos, adoção de pessoas... O estudo focou também o tráfico de pessoas e vulnerabilidades que mostra que (lembrando que fronteiras são lugares com amplitude de vulnerabilidade). A solução “para mim é” ... tráfico, escravidão, exploração sexual - Direitos humanos, fronteira, Direitos Humanos Internacionais; entre nações, Protocolo de Palermo, lá assinado. O Protocolo define o que é tráfico de pessoas (Brasil é participante do

tratado)...

Tudo vai mudar em termos de mentalidade, se nós da área acadêmica, de ensino, se houvermos empoderamento pelo conhecimento, a educação em Direitos Humanos... ponta de solução a longo prazo. (TALVEZ ótimo para considerações finais, a proposta de Ensino de Direitos Humanos, algo como matéria educacional, matéria acadêmica; educação em Direitos Humanos, aí virá o empoderamento necessário, repita-se). Não podemos perder nossa capacidade de se indignar, no mínimo tentar buscar autoridades competentes. Ideal é que fosse uma matéria transversal na Educação, mas pode ser um curso presente, mesmo autônomo. A educ. em DH, deve superar conceito de que seja direito apenas do preso, do cara que matou; sim, é dele também, mas é de qualquer um. Entendido seja inclusive que pessoa jurídica ao requerer determinados direitos, está fazendo em uma linha dos DH.

O tráfico de pessoas, tornar pessoas escravas, vem de muito tempo, marcadamente, inclusive, quanto ao pensamento moderno, herdado de Grécia e Roma –vem de priscas eras- a forma de tráfico prevalente na área de fronteira (do tempo que atuais), para exploração sexual... crianças trazidas para exploração sexual, inclusive. E predominava também a modalidade tráfico p. exploração de mão-de-obra, com inúmeros danos à integridade e saúde dos indivíduos, bem como nocividade em relação aos ganhos, com destaque às instalações oferecidas. Não tem água potável? (Trabalho escravo); condições degradantes. Artigo 149 do Código Penal. Fotos de pessoa trabalhando em carvoaria (uma mulher), mãos em estado lastimável, vestindo molambos, sandálias de dedo; mais comum fronteira do Brasil com Paraguai. Brasil (finalzinho governo FHC) houve destaque, Brasil exemplo neste aspecto, combate ao trabalho escravo; plano nacional de enfrentamento; política pública de Estado e não de Governo, que deu certo em um período. Houve um trabalho, com ONGs, apoio coletivo, houve uma condenação de 5 milhões, dano moral coletivo (trabalho escravo). E houve resgate de pessoas em trabalho sob condições indignas (público indígena), no número de mil. A condição degradante caracteriza o trabalho escravo.

Novidade na Legislação; Lei que criou o artigo 149.A Código Penal – Tráfico Internacional e Tráfico Interno de Pessoas. Logo em seguida, n. 1, trabalho escravo.

Os haitianos têm vindo, em busca de emprego, porém aconteceu de a pobreza de seu país, agravado com terremoto; então uma missão militar brasileira da ONU, que lá operou, influenciou na vinda de alguns deles. O trabalho escravo, pode ter ocorrido com haitianos, se ultrapassadas as condições somente irregulares quanto às orientações trabalhistas. O trabalho escravo urbano é relacionado à condição de exaustão, em relação à condição urbana; quanto aos rurais é mais em relação às condições degradantes.

Muitas vezes o problema da língua agrava a situação de exploração.

Algo positivo no combate à exploração de pessoas, foi a utilização de verbas oriundas de aplicação de multas, no resgate economicamente amparado, enquanto o Ministério busca enquadrar melhor a situação, os indivíduos recebem boa estadia

e locomoção. No caso dos haitianos, imigração ilegal, mas com o máximo de amparo possível.

Na prática a imigração aparece legalmente, buscam evitar o deporto.

Nova Lei de Imigração (Lei 13.445/2017), lei que se trata de uma grande política pública de Direitos Humanos, busca-se que se respeite a universalidade de direitos. Essa Lei busca inclusive estabelecer direitos para os filhos dos imigrantes, por exemplo, de ter instrução de língua local. A Lei busca dar empoderamento a pessoas em situação de vulnerabilidade.

Para evitar o trabalho escravo, é fiscalizar e colocar em prática os tratados favoráveis à imigração com finalidade de emprego em mão-de-obra. Fortalecer o Mercosul como ideia geral de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

AUGUSTA, Maria; PAULETTI, Maucir; ÚRIO, Laís Mendonça. **Tráfico Internacional de Pessoas para o Trabalho Escravo: O caso dos trabalhadores paraguaios na produção de mandioca em MS**. Campo Grande – MS: Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, 2016.

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

_____. **Art. 149 . do Código Penal - Decreto Lei 2848/40** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. **Art. 149A do Código Penal - Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/134742424/artigo-149a-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 03 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei n. 6.442, 2016: **Institui normas reguladoras do trabalho rural e dá outras providências**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1507691&filename=Avulso+-PL+6442/2016. Acesso em 30 mai. 2017.

BIROL, Alline Pedra Jorge. (Coord), et al. Pesquisa ENAFRON – **Diagnóstico Sobre Tráfico de Pessoas nas Áreas de Fronteira**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/pesquisa_-enafron_202x266mm_1710_19h00_web.pdf. Acesso em 23 mai. 2017.

CAMÇADO, Taynara Candida Lopes; SOUZA, Rayssa Silva de; CARDOSO, Cauan Braga da Silva. **Trabalhando o conceito de Vulnerabilidade Social**. Disponível em: http://www.abep.org.br/~abeporgb/abep.info/files/trabalhos/trabalho_completo/TC-10-45-499-410.pdf. Acesso em 28 jun 2018.

CAMPOS, D. L., OLIVEIRA, M. A. M. O. In: PIRANI, Rodrigo Maia Marcelo. **Fórum Local de Desenvolvimento e Integração Fronteiriça – Reflexões Acerca das Oportunidades e Desafios**. Corumbá-MS: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, 2015.

GHIRALDELLI, Paulo. **A condição Humana em Hannah Arendt**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LEKMa0BCG00>, 2015. Acesso em 17 abr 2018.

JANCZURA, Rosane. **Risco ou vulnerabilidade social?** Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 11, n. 2. P. 301-308, ago/dez, 2012. Disponível em: <file:///D:/DOWNLOADS/12173-48632-1-PB.pdf>. Acesso em 28 jun 2018.

LINJARDI, Luciane Gregio Soares. **Mulheres Traficantes de Drogas na Fronteira de Corumbá e Ladário/BR.** Corumbá – MS: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2012.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. R. bras. Est. Pop. Belo Horizonte, v. 34, n. 1. P. 171-179 jan/abr, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00171.pdf>. Acesso em 17 jul 2018.

PEREIRA, Cicero Rufino. Direitos Humanos Fundamentais o Tráfico de Pessoas e a Fronteira. 1ª edição. São Paulo. Ltr Editora, 2015.

PRADO, Eduardo Araújo. **Levantamento do Perfil do Imigrante Boliviano que Cruza a Fronteira Corumbá (BR) x Puerto Quijarro (BO) com a Intenção da Permanência em Território Brasileiro.** Corumbá – MS: Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, 2011.

RODRIGUES, Yane Saara; PAULETTI, Maucir. **Para que se traficam Pessoas em Nossas Fronteiras?** Campo Grande – MS: Universidade Católica Dom Bosco – UCDB, 2013.

SCANDOLA, Estela Márcia. **O tráfico humano nasce das fraturas sociais.** Disponível em: <http://www.extraclasse.org.br/edicoes/2013/11/o-traffic-humano-nasce-das-fraturas-sociais/>. Acesso em 23 mai. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade.** São Paulo – SP: Cia das Letras, 2010.

SILVA, Giane Aparecida Moura da. **O Trabalho Infantil na Região da Fronteira Brasil – Bolívia.** Corumbá – MS: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2009.

SOUZA, Alexander de Souza. **Nova Lei da Imigração no Brasil – O Trabalhador Estrangeiro Diante do Paradigma Constitucional-Fraternal.**

VACCARO, Stefania Becattini. **Karl Marx e Hanna Arandt: uma confrontação sobre a noção de trabalho.** Sociologias, Porto Alegre, ano 17, no 40, set/dez 2015, p. 358-378.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico.** Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo – SP: Martin Claret, 2004.

ANEXO A – Entrevista com o Procurador do Ministério Público do Trabalho no Estado de Mato Grosso do Sul – Mestre em Estudos Fronteiriços e Mestre em Direitos Humanos (UFMS – Tema Direitos Humanos Discriminação e Imigração – concluído em 04.04.2018)

ANÁLISE DE ANJO NEGRO DE NELSON RODRIGUES COMO CONTRIBUIÇÕES NO DIREITO PENAL E FAMÍLIA

Ione Saiuri Sato

Mozart Gomes Morais

Faculdade São Sebastião – Cruzeiro do Sul
Educativa São Sebastião – SP.

RESUMO: Esta pesquisa objetiva uma abordagem sobre a peça de Anjo Negro escrita por Nelson Rodrigues em 1946 e encenada pela primeira vez em 1948 no Rio de Janeiro. Esta dramaturgia Rodriguesiana retrata os personagens desprovidos de julgamentos sociais na peça, onde se encontram no estado animalesco, favorecendo apenas seus instintos naturais. Tem-se facilidade em dialogar a trama com questões ligadas ao direito apontando de forma objetiva o assassinato, estupro, incesto entre outros que são abrangidos no código penal brasileiro. RODRIGUES escreveu esta dramaturgia anunciando aspectos menos nobres do caráter humano, apontando questões problemáticas, que na sociedade contemporânea sofreriam ações jurídicas conforme a lei, punitivamente. As peças de modo geral do dramaturgo são imbuídas de críticas e sátiras à sociedade, colocando em reflexão os problemas de comportamentos sociais. Anjo Negro encontram-se o infanticídio, o incesto, o preconceito racial, o adultério, o assassinato, o estupro entre outros. Tudo isso é colocado de forma inteligente e

estranhamente desagradável, típica de Nelson Rodrigues. A forma como são retratados os personagens não foge de alguns conceitos da psicologia e da psicanálise usados para se tentar entender a subjetividade humana. Assim pode se estabelecer relações entre a peça e esses conceitos elaborados, por exemplo, os de Sigmund Freud e Robert Zajonc, ambos estudiosos da área entre outros. Depara-se também com questões apresentadas do âmbito do direito. A questão do negro no Brasil, que pode ser vista ainda nos dias atuais, o preconceito racial dado pelo fenótipo ou sobre a trajetória dessa raça, contudo a trajetória no Brasil. Ainda o homicídio, que é dado pelo personagem Ismael contra seu irmão de criação Elias; não só desse caso, mas também de Virgínia esposa de Ismael que mata seus três filhos, além de ser homicídio, pode ser chamado de infanticídio devido às idades dos filhos. Dentro do curso de direito estamos em constante contato com as variantes do ser humano, aliás, estuda-se a construção do pensamento, as ações que ele pratica da qual a sociedade implica consequências para manter o bem estar de todos. Visa-se também o equilíbrio social, e igualdade para todos os cidadãos, onde ele possui deveres e direitos, dos quais difere da peça de Anjo Negro. A arte, principalmente o teatro de tragédia possui caráter identificador, que faz com o que o público sinta como numa

espécie de “trance” as mesmas sensações dos personagens, fazendo que muitas vezes houvesse a identificação do público com a peça; assim podemos ver que o ser humano se compadece, revigorando seus próprios meios de pensar a humanidade, assim hipoteticamente elencando a probabilidade de unir duas áreas das humanas para proporcionar reflexão social, de forma que cada uma contemple suas categorias.

PALAVRAS-CHAVE: Nelson Rodrigues. Direito Penal. Racismo. Estupro. Infanticídio.

ABSTRACT: This research aims at an approach to the piece of Black Angel written by Nelson Rodrigues in 1946 and first staged in 1948 in Rio de Janeiro. This Rodriguiana dramaturgy portrays the characters devoid of social judgments in the play, where they are in the animal state, favoring only their natural instincts. It is easy to dialogue the plot with issues related to law pointing objectively to murder, rape, incest among others that are covered in the Brazilian penal code. RODRIGUES wrote this dramaturgy announcing less noble aspects of human character, pointing out problematic issues, which in contemporary society would suffer juridical actions according to the law, punitively. The plays of the playwright in general are imbued with criticisms and satires to society, reflecting the problems of social behavior. Black Angel are infanticide, incest, racial prejudice, adultery, murder, rape, among others. All this is intelligently and strangely unpleasant, typical of Nelson Rodrigues. The way the characters are portrayed does not escape some concepts of psychology and psychoanalysis used to try to understand human subjectivity. Thus relations can be established between the piece and these elaborate concepts, for example those of Sigmund Freud and Robert Zajonc, both scholars of the area among others. There are also issues raised from the scope of law. The black question in Brazil, which can still be seen in the present day, the racial prejudice given by the phenotype or the trajectory of this race, but the trajectory in Brazil. Still the homicide, which is given by the character Ismael against his breeding brother Elias; not only of this case but also of Ismael’s wife Virginia who kills her three children, in addition to being murder, may be called infanticide due to the children’s ages. Within the course of law we are in constant contact with the variants of the human being, by the way, we study the construction of thought, the actions that he practice of which society entails consequences to maintain the well-being of all. It also aims at social balance, and equality for all citizens, where it has duties and rights, which differs from the play of Black Angel. The art, especially the theater of tragedy has an identifiable character, which makes the public feel as if in a kind of “trance” the same sensations of the characters, causing that many times there was the identification of the public with the play; so we can see that the human being pities himself, reinvigorating his own ways of thinking humanity, thus hypothetically listing the probability of uniting two areas of human beings to provide social reflection, so that each one contemplate their categories.

KEYWORDS: Nelson Rodrigues. Criminal Law. Racism. Rape. Infanticide.

REFERÊNCIAS

CABRERA, Carlos Cabral, Luiz. Direito constitucional da Família: direito da criança, do adolescente, do idoso: doutrina e legislação- Carlos Cabral Cabrera, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, Roberto Mendes de Freitas Junior - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito penal: Volume 2. 12a Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLIN, Catherine, GRAND, Voula, BENSON, Nigel, LAZYAN, Merrin, GINSBURG, Joannah, WEEKS, Marcus. O livro da psicologia. Tradução; Clara M. Hermeto e Ana Luisa Martins. São Paulo; Globo, 2012.

FREIRE-FILHO, Aderbal, Nelson Rodrigues Teatro Completo: peças míticas. v.2 - 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. LAPLONCHE, Jean. Vocabulário da Psicanálise/ Laplanche e Pontalis; sob a direção de Daniel Lagache; tradução Pedro Tamen. – 3o Edição - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALDI, Sábato, Nelson Rodrigues; dramaturgia e encenações. 2oed. Ampl. São Paulo: Perspectiva, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica – 2 ed. Ver. ampl. - Belo horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Fernando, A. N. Galvão da. Direito penal. Parte geral – 2aed. Ver. Atual E ampl. – Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

A IMPORTÂNCIA DA CONDUTA ÉTICA NOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Leticia Nascimento dos Santos

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uniruy, Salvador-Ba

Ana Paula Lima Leal

Advogada especialista em temas Trabalhistas e Processo Civil pela Ufba, Mestre em direito público pela Ufba, professora do Centro Universitário Uniruy, Salvador-Ba

RESUMO: O avanço é uma perspectiva inevitável em uma sociedade visto que conduz o país ao progresso combatendo desigualdades e violência só melhorando a educação e resolvendo os conflitos, elementos necessários para o bem-estar da coletividade. No âmbito do Poder Judiciário, é imprescindível uma evolução para aprimorar a resolução de conflitos visto que, para o legislador é utópico prevê todas as deliberações acerca das demandas. No Brasil o sistema adotado é o *civil Law*, fundado veementemente no aspecto da lei aperfeiçoando suas vertentes para o sistema *common Law*, instituído através dos costumes e da jurisprudência. No Brasil é de praxe adotar modelos estrangeiros para aprimorar o direito, é evidente a necessidade dessa otimização, mas esquecemos da complexidade da cultura estabelecida causando ineficácia na aplicação. Assim é fundamental o estudo da ética do corpo

social reestruturando o procedimento para viabilizar o efetivo cumprimento da finalidade, visando sempre o bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Ética. *Civil Law. Common Law.*

ABSTRACT: Advance is an inevitable perspective in a society as it leads the country to progress by combating social inequalities and violence. This just can be achieved by improving education and resolving conflicts, necessary elements for the well-being of the community. Within the Judiciary field, an evolution is necessary to improve the resolution of conflicts since, for the legislator, it is a utopia to foresee all the deliberations about demands. In Brazil the adopted system is the Civil Law, founded strongly on the aspect of the law improving its strands for the common law system, instituted through the tradition and jurisprudence. In Brazil it is usual to adopt foreign models to improve the law and is evident the need for this optimization. However, we forget the complexity of the established culture turning the application ineffective. Thus, it is fundamental to study the ethics of the social body by restructuring the procedure to enable the effective fulfillment of the purpose always aiming at the common good.

KEYWORDS: Judicial precedents. Ethic. *Civil Law. Common Law.*

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil adotou o sistema *civil Law* influenciado pelo sistema romano-germânico, que tem sua estrutura baseada na lei escrita e codificada, ou seja, o juiz é a “boca da lei” não devendo criar soluções, apenas seguir as diretrizes legais trazendo segurança jurídica. A aplicação no caso concreto deriva-se do texto legal, mas sofreu uma adoção do sistema dos precedentes, utilizado quando em uma determinada situação não houver expressa disposição legal aplica-se à jurisprudência, casos Julgados pelo Judiciário que se assemelham com a situação da lide, para a resolução do conflito, pois o legislador não tem como prevê todas as futuras situações. “No sistema *Common Law* influenciado no anglo-saxão adotam o direito costumeiro e a jurisprudência para a resolução das lides, coordenado pelos precedentes da teoria do “*stare decisis*” que significa”, mantenha a decisão e não moleste o que foi decidido”. (Donizetti, 2016).

O Poder Judiciário brasileiro tem como corte suprema o STF (Supremo Tribunal Federal) que regula o efetivo cumprimento da Constituição Federal quando alguma lei apresenta-se em discordância com os princípios estabelecidos. Abaixo da corte temos o STJ (Superior Tribunal de Justiça) que tem a função de regular a interpretação constitucional com base na lei federal, (infraconstitucional). Além disso, o Poder Judiciário goza da cooperação de órgãos para auxiliar no efetivo desenvolvimento das demandas como a Justiça Federal, a Justiça Estadual e etc.

A morosidade na tramitação dos processos é um grande problema do Judiciário brasileiro, pelo alto número de ações não resolvidas, o que tem ocasionado revolta das partes, crescendo o sentimento de descaso e provocando descrença na efetivação do direito. Com isso, percebe-se o desânimo dos servidores, incluindo magistrados, e advogados para enfrentar a carga negativa do seu serviço. Conforme o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça de 2017, que é uma fonte de comunicação entre o cidadão e a instituição para reclamar, prestar informações, sugestões, dúvidas sobre os processos e o órgão do Judiciário, o tema de maior foco é a morosidade processual liderando com 11.579 relatos, ressaltando que 11.484 são reclamações e o estado da Bahia apresentou o maior percentual de demandas (67,83%).

2 | CIVIL LAW X COMMON LAW: DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO SISTEMA BRASILEIRO

Os adeptos do *Civil Law* transmitem a ideia que a segurança jurídica envolve-se com o cumprimento do texto legal, para alcançarmos esse ideal o juiz deve seguir rigorosamente à lei. Assim, percebe-se, que cada julgador interpreta a norma do seu modo, havendo uma necessidade de uniformização das demandas semelhantes, evitando o aumento dos gastos das lides. Assim, podemos encontrar juízes com a deturpação ética, utilizando esse meio para facilitar de forma negativa a resolução da ação, colocando nas suas decisões precedentes sem justificar a aplicação. Deve ser

feito uma conscientização sobre essa teoria para que seja consolidada de maneira proveitosa para o efetivo cumprimento da finalidade, como aborda Donizetti:

Assim, antes de adotarmos um sistema de precedentes, é necessário que se promova a familiarização e compreensão do tema entre os operadores do direito e que se dê condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas; mas sim com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados. (Donizetti, 2016, p. 1133).

O precedente não deve ser aplicado de qualquer maneira, ordenando a utilização pelos juízes, ter a uniformização dependendo do caso. A aplicação deve ser feita analisando o caso concreto com *ratio decidendi* (razão de decidir), apreciar as particularidades de cada lide verificando se há semelhança com o paradigma para que seja aplicado o precedente naquela situação.

A função do juiz foi desenvolvida ao ponto de não apenas declarar o direito como expresso no texto legal, mas também interpretar o caso nas suas decisões judiciais, essa liberdade limitada trouxe um avanço nas demandas proporcionando a justiça. Assim, nem todo magistrado utiliza esse atributo de forma positiva. Ao longo dos anos, foi instituído na cultura “o jeitinho Brasileiro”, que desvaloriza a qualidade nas tomadas de decisões direcionando-a para a finalidade individual. O sistema *Civil Law* tem resultados satisfatórios em outros países, o problema não está no método e sim no operador, qualquer técnica utilizada em uma sociedade que não respeita os princípios e as regras, não atingirá a eficácia desejada.

É necessário uma mudança no Brasil para aperfeiçoá-lo, como vamos mudar o sistema judiciário sem melhorar a qualidade do desempenho dos magistrados? É preciso que juízes não transfiram suas atribuições para estagiários, assessores, servidores etc, é importante que disponibilizem um pouco do seu tempo para atender às partes da demanda, que de fato, permaneçam tempo suficiente em seus gabinetes para otimizar o andamento dos processos. Assim, é indispensável à elaboração de um trabalho ético e comprometido por parte dos magistrados, a fim de melhor atender aos anseios da sociedade.

3 | ÉTICA E MORAL: CONTEXTO HISTÓRICO

Abordar sobre o tema ética e moral é um assunto bastante delicado, ainda mais em um sistema defasado e na maioria das vezes inapto como o Brasileiro, em que constatamos comportamentos corruptos que prejudicam o desenvolvimento social. O cenário político e o dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) passam por uma situação vergonhosa diante dos escândalos divulgados e pela morosidade na punição dos envolvidos, a sociedade indignada percebeu a importância da sua interação para a efetiva transformação do contexto geral. Especialistas e cidadãos buscando uma resposta para tanto desregramento, explicam que a deturpação da conduta está diretamente associada com o caráter histórico, embora essa análise

seja verdadeira, não deve ser utilizada para justificar atos negativos, e sim serem lembrados para que não sejam repetidos.

Está cada vez mais difícil manter a ordem prevista na Constituição de 1988, pois a ganância e a imoralidade dos indivíduos que tem a função de preservar e desenvolver a sociedade caminha rompendo com os princípios efetivados na Carta Magna, atualmente utilizada de forma indevida e desvirtuando a possibilidade de uma melhora social. O Poder Judiciário que tem o dever de julgar corrompe-se para satisfazer os interesses individuais, desviando-se do seu real objetivo, punir as infrações. Essa impunidade acarreta sérios problemas sociais e desenvolve a aversão, favorecendo a realização de atos infracionais egoístas de quem estão na base da pirâmide social, que são os que realmente sofrem, sendo-lhes negado o básico para sobreviver.

A ética é o conjunto de valores e princípios, modo de viver, utilizado para decidir sobre uma situação, uma escolha benéfica ou maléfica, sendo de forma interior a razão da consciência do indivíduo. Ela não é individual, é uma reunião de fatores influenciados por um grupo, por uma coletividade, não existe uma tabela pronta, está em uma constante modificação. Com isso, o sujeito sente a necessidade de equiparar seu comportamento com as regras obrigatórias instituídas socialmente como o correto. Possui a consciência que deve agir dessa ou daquela maneira, resultado da reflexão ética, fundamentando-se em três palavras: quero, devo e posso, definindo a relação do indivíduo com o exterior.

A moral é a conduta em si, a prática, a escolha, fundamenta-se na obediência das normas, costumes, mandamentos culturais, religiosos e hierárquicos, como na passagem do “do anel de Gíges” de Platão (Platão, 1965), narra um homem simples que encontrou um anel em um cadáver, apossando-se dele percebeu que o tornava invisível diante do “olhar” condenatório do meio social, esse fato transformou negativamente a conduta do indivíduo. Essa situação expõe que o sujeito só agiu de forma justa e honesta quando compelido pela repressão das forças coercitivas, ganhando o poder aflorou a ambição e o desrespeito com o próximo. Tal entendimento afirmado por Silvio Oliveira, “A autodisciplina e o senso de retidão de muitos indivíduos, todavia, não são suficientes fortes para que eles observem a ética comum. Eles tentam evitá-la para tirar vantagens pessoais às custas dos outros”. (Oliveira, 2015, p.2)

Sócrates (469-399 a.C.), (Bittar, 2002) importante precursor da filosofia moral, que enriqueceu a filosofia antiga com suas especulações da natureza humana e nas consequências ético-sociais. Para ele a base da virtude é o conhecimento, o filósofo tinha a missão de levar as ideias para as almas ignorantes, ressaltando o poder grandioso da educação. O seu pensamento filosófico foi pautado na ética, como a busca do conhecimento e da felicidade; possuir o conhecimento seria saber julgar de forma eficaz o bem e o mal, essa decisão acarretaria a verdadeira felicidade. O alcance de uma ética sólida é o conhecimento em si mesmo, suas limitações, suas incertezas, suas frustrações, sendo o conceito básico para a realização do indivíduo. Seu pensamento de felicidade não se fixa na aquisição de bem matérias ou com o

conforto que elas proporcionam, como atualmente se estabelece nas relações sociais, e sim o caminho que deve ser trilhado para o cultivo da verdadeira virtude, o saber, consequentemente encontrando a felicidade.

Nesse período, Sócrates (469-399 a.C.) estabelecia nos seus ensinamentos a ética do respeito às leis, afirmando que a ética do coletivo se sobrepõe a ética do individual. Com fulcro nas suas ideias, foi condenado a pena de morte por negar os deuses da cidade e corromper a juventude com seus ensinamentos, podendo muito bem convencer os juízes e reverter a decisão com um discurso piedoso, mas preferiu defender a sua verdade, considerava a obediência dos preceitos legais inconvertíveis, um valor absoluto mesmo se estes fossem injustos, devendo ser seguido por todos os cidadãos. Sócrates submeteu-se a sentença condenatória provando seu ensinamento de total obediência da lei como um elemento de ordem social, outrossim lutou veementemente contra o movimento dos sofistas que acreditavam na relativização da justiça e da lei variáveis no tempo e no espaço, tal entendimento é confirmado por Eduardo Bittar:

O homem enquanto integrado ao modo político de vida deve zelar pelo respeito absoluto, mesmo em detrimento da própria vida, às leis comuns a todos, as normas políticas (nómos póleos). O homem, assim radicado naturalmente na forma de vida comunitária, tem como dever o cumprimento de seu papel como cidadão participativo, e, assim, integrado nos negócios públicos, deve buscar a manutenção da sacralidade e da validade das instituições convencionadas que consentem o desenvolvimento da harmonia comunitária. (Bittar, 2002, p.73).

O descumprimento da sentença proferida pelos juízes acarretaria no desequilíbrio da ordem social, que era pra Sócrates, o pilar básico da lei, a eficácia, assim os indivíduos da sociedade descumpririam as regras com base em suas convicções pessoais acarretando em atitudes egoísticas, deixando de analisar que uma sociedade se desenvolve com base os interesses coletivos. A atitude de Sócrates serviria como um exemplo a ser seguido por todos de sacrifício pelo o bem comum.

Atualmente, a ideia da ética da coletividade como preceito de maior importância surge como algo utópico desestabilizando uma sociedade e dificultando o desenvolvimento, essa atitude acarreta a concretização do mal exemplo. Os ensinamentos de Sócrates mantiveram-se vigorosos através de seus discípulos Platão (427–347 a.C.) e, posteriormente, Aristóteles (384-322 a.C.), obviamente modificado e complementado conforme a convicção individual de cada um.

Platão (427-347 a.C.) foi discípulo de Sócrates, com isso o pensamento platônico teve intensa influência nos pensamentos socráticos, adotando argumentos equivalentes: sobre elementos das virtudes relacionados com a busca do conhecimento para erradicar a ignorância e perfeição e imutabilidade das ideias como a certeza do filósofo. Diverge do hábito de Sócrates que rodeava-se de atividades políticas, discutindo as questões problemáticas da cidade em praça pública, já Platão frustrado com a injustiça ocorrida com seu mestre, distanciou-se da aglomeração social para ensinar seu pensamento com serenidade, quietude, na academia, não desprezando

os pesares urbanos. O virtuosismo Platônico respaldava-se na perspectiva do domínio das vontades descontroladas, sexuais e agressivas da conduta humana, ou seja, a virtude seria o controle, a ordem, a proporcionalidade, subordinados ao pensamento racional

Somente as ideias são, para Platão, certas, eternas e imutáveis, tendo-se em vista que tudo o mais que se conhece é incerto, perecível e mutável. Do que se disse anteriormente, somente a alma logística é capaz de ciência, e esta ciência (espistème) à qual se refere Platão, deriva da contemplação das ideias perfeitas e imutáveis pelo filósofo. (Bittar,2002, p.79)

Assim, a conduta ética adequada é aquela que se harmoniza com os elementos da razão. O vício nessa virtude acarretaria o não sentir dos prazeres intelectuais e espirituais, desordenando a alma racional, predominando o desgoverno, pois os elementos da vontade natural são incontrolláveis (ódio, rancor, inveja, egoísmo). A busca pela virtude desprenderia o homem de seus ensinamentos comuns valorizados, as coisas materiais do mundo terreno, essa busca leva a alma para um plano superior valorizado pelos Deuses, a excelência, que divergem dos preceitos dos indivíduos comuns, é a aproximação das forças superiores. Foi o que aconteceu com seu mestre abriu mão das coisas supérfluas humanas sacrificando sua vida pela verdade, aproximando-se dos deuses. Importante ressaltar que o Platonismo firma-se no idealismo e não no realismo como Sócrates.

O criador da palavra ética foi o filósofo Aristóteles (384-322 a.C.), (2008) discípulo de Platão, afirmava que o universo funcionava de maneira ordenada e complementar denominado como cosmos, para entrar em harmonia com o cosmo os indivíduos deveriam alcançar a felicidade, buscar a excelência. Conforme seu entendimento, para definir a ética de uma pessoa é necessário esperar sua morte, pois até o final da vida é possível identificar o excito da sua trajetória. Quando nascemos não estaríamos eticamente prontos, no desenvolvimento bem-sucedido que alcançaríamos a maestria, o aprimoramento da virtude e confrontar a trajetória estabelecida, não aprimorar seus pontos fortes ou não tentar descobri-los, acarretaria no fracasso. A felicidade de um indivíduo estaria relacionada com o coletivo, do bem-estar da polis (cidade), e a política a pratica para a organização do núcleo social, pois não seria possível alcançar a finalidade de forma individual e sim de forma coletiva, com a relação harmônica entre os indivíduos.

Os talentos seriam distribuídos de forma desigual, então era natural a existência de uma hierarquia entre os indivíduos, uns exerciam seu talento e se tornavam superior aos outros indivíduos que, por outro lado, não procuravam sua excelência. O talento de maior valor seria a capacidade de pensar, quem o aperfeiçoava tornava-se superior. O juiz assumia um papel de mediador do processo equilibrando a relação, justiça corretiva, não sendo viável um sair com mais vantagem que o outro no conflito.

O discurso ético é, nesse sentido, um discurso situado no âmbito da política, pois tanto a questão da justiça quanto a da amizade, a da virtude, só são possíveis a partir da vida gregária, afeita por natureza ao homem, de acordo com Aristóteles.

Esse pensamento de Aristóteles (2008) que relacionava a ética como a realização de excelência humana alcançando a felicidade, foi substituído por um pensamento que se tornou superior, pelo mestre espiritual Jesus Cristo. Para ele a virtude moral tornaria importante dependendo da forma que o talento seria utilizado livremente, através da escolha do indivíduo, o livre arbítrio. O amor ao próximo (Ágape) e às boas escolhas para beneficiar os outros estariam relacionados com a ética e a felicidade. A trajetória do indivíduo focava-se na realização do bem, da união, do amor, da compaixão.

Ademais, a análise da influência do movimento cristão é de extrema importância, uma vez que suas tradições pairam até os dias atuais. Essa influência alterou e estabeleceu culturas, tradições, crenças, moral, ética, leis e etc. Fundamentada na prática religiosa acarretou um grande abalo espiritual humano ligado à crença de um ser dividido, Deus, que seria o pai de todos, o criador. A moral religiosa seria a conduta praticada para se aproximar de Deus, o caminho que leva a restauração da alma para que na morte, adentre o Paraíso, foi instituída como um controle de organização social. Os ensinamentos de Cristo revelavam a importância do perdão, do amor ao próximo, principalmente seus inimigos, é renuncia a revolta, a vingança, rancor, desenvolvendo a prática do perdão.

O carinho pelo próximo é o desenvolvimento da alma caracterizado pela prática da virtude, agir em consonância com o bem comum. Já ouvimos a expressão “a justiça divina tarda, mas não falha”, ressaltando a importância da fé em para sanar as injustiças terrenas revelando a fragilidade do homem comum como algo natural, característico do indivíduo.

Outrossim uma perspectiva muito interessante sobre a questão moral é o de Nicolau Maquiavel (1469-1527), (1515) em sua obra muito conhecida, “O Príncipe”. Viveu em 1469 em Florença, era um grande consultor político de sua época, dava orientações para os que detinham o poder para administrar seus negócios. Em suas considerações afirma a maldade do homem, como um ser cheio de defeitos, expondo assim a realidade. Deveríamos duvidar da primeira impressão do indivíduo, pois ele só mostra o que quer, o importante é o poder.

A moral relaciona-se diretamente com a liberdade de escolha sendo decidida levando em conta o interior do indivíduo, a conduta correta deliberada quando “ninguém está olhando” produzindo efeitos positivos e negativos na sociedade. O poder não corrompe, dá a possibilidade da opção maléfica, como explica o grande filósofo contemporâneo Mario Sergio Cortela em seu livro “Ética e vergonha na cara” (2014, p. 44), que a ocasião não faz o ladrão, o revela. Tal ensinamento afirmado Também por Clovis de Barros:

O valor moral da minha conduta está atrelado ao que ela acarretar no mundo. Se ela produzir bons efeitos – ética da eficácia –, foi boa; se, entretanto, produzir maus efeitos, foi ruim. (Barros Filho, 2014, p.13).

Com base em uma situação polêmica, temos o âmbito Judiciário em que metas são estabelecidas, por um lado quando tribunal foca no resultado cobrando dos juízes um número para a finalização das lides, está possibilitando para que magistrados com os princípios e valores precários continuem utilizando meios indecorosos para obter o fim desejado, não prestando a devida importância ao processo, apesar de possuirmos juízes que honram com seu trabalho. Por outro está visando à realização do princípio da celeridade, para que o detentor do direito tenha a necessária justiça, dois valores estão colidindo. A conduta do bom resultado descentraliza a reflexão do bom comportamento moral, em uma determinada situação agir de forma moral não acarreta a realização do desfecho desejado, necessitando de complemento para auxiliar no objetivo do bem comum.

Foco é no resultado. Se houver conflito com qualquer outro valor, o foco está no resultado. E isso significa o quê? Fazer o que for preciso para obter resultado, mesmo que isso implique mentir, enganar, ludibriar e assim por diante. (Barros Filho, 2014, p.14).

4 | A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA E DO ESTADO NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

Os princípios e valores são formados a partir do núcleo familiar, nosso primeiro contato com a vida social, uma relação primordial que estabelece os limites, ensina a cultura, os costumes e de grande importância na formação de ordem mental. Nela extraímos a maioria dos ensinamentos para agir de forma ética no cotidiano, os pais têm o dever de educar e discipliná-los para conviver em sociedade, o indivíduo tem liberdade de escolha e levará em conta para a decisão a construção da sua educação. A desestrutura desse núcleo, como a família que aponta para uma direção e age de outro modo, a ineficiência do educador, a inobservância e impunidade de atos negativos acarretam sérios problemas de convivência, pais sem autoridade, filhos sem limites. Como exemplifica Dan Ariely, professor americano de psicologia e economia comportamental:

Eis uma pequena piada: Jimmy tem 8 anos e volta para casa da escola com uma anotação do professor, que diz: “Jimmy roubou um lápis do aluno sentado ao lado.” O pai de Jimmy fica furioso e faz de tudo para dar uma lição no garoto e fazê-lo entender como ficou chateado e decepcionado, deixando-o de castigo em casa por duas semanas. “E espere sua mãe voltar para casa!”, diz, em tom de ameaça, para o menino. Finalmente, ele conclui: “Além do mais, Jimmy, se você precisava de um lápis, por que não me disse? Você sabe muito bem que posso trazer dezenas de lápis do trabalho. (Ariely, 2012, p.31)

O professor Dan Ariely em seu livro “A mais pura verdade sobre a desonestidade” (2012), faz um estudo com experimentos sobre os paradigmas relacionados com a ética como a questão do dinheiro, de ser pego, trapaça e etc. Um dos experimentos foi à aplicação de um teste de matemática valendo dinheiro para cada questão certa separados em dois grupos, o que podiam mentir e os que não, com isso, comparando

os acertos era possível saber quantos mentiam para ganhar mais, 15 questões a mais. Decidiram aumentar o valor para cada questão certa e o resultado foi inesperado, as pessoas mentiam menos, então Ariely chegou à conclusão de que os indivíduos querem se beneficiar, mas não querem se sentir desconfortável em serem vistos como trapaceiros:

Graças a essa habilidade humana, desde que trapaceemos somente um pouco, podemos nos beneficiar com a trapaça e ainda nos vemos como seres humanos maravilhosos. Esse equilíbrio é o processo de racionalização e a base do que vamos chamar de “teoria da margem de manobra”. (Ariely, 2012, p.29)

O teste foi repetido em outros países e os resultados foram os mesmos, mentiam a margem de quinze acertos, ou seja, Dan Ariely percebeu que as pessoas têm a mesma propensão para serem desonestas, o que distingue os países são as leis e as políticas públicas contra a desonestidade e as diferenças culturais. Levando em consideração que em seu estudo foi colocado a figura do “mau exemplo”, uma pessoa que trapaceou e influenciando outros de que era a melhor opção, e quanto mais poderoso o indivíduo mais o poder de influenciar, como acontece em uma sociedade que os governantes roubam e saem impunes.

O processo de expansão e integração dos povos, globalização, obteve-se uma afluência de culturas diferentes, trazendo consigo o conflito de costumes, comportamentos, crenças, ideias. Para dirimir o conflito e ajudar na harmonia social foi necessário a reunião de dois entes na educação, a família e o Estado. Com a evolução social, surgiram diversas modalidades de constituição familiar, sendo diverso um conceito único, mas podendo ter um conceito genérico “*é de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes*”, de acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. (2013, p.44)

Levando em consideração a sua extrema importância houve um direcionamento para a proteção nesse núcleo estabelecendo um alto grau de prioridade e obrigação para as três esferas, descrito no artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. O parágrafo §1 ao §4, revela o reconhecimento de novas categorias de família que outrora eram excluídas apenas sendo aceito o casamento entre homem e mulher, influência da igreja na legitimidade da família. A perda de poder na relação igreja e estado de início a liberdade de efetividade e novos valores sociais, como deve ser feito o Estado renova-se para acompanhar a sociedade, conforme Guilherme de Oliveira:

Desde então tem se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos “deveres conjugais” predeterminados por qualquer entidade externa aos conviventes. (Stolze e Pamplona, 2013, p.42)

A responsabilidade solidária entre o estado e a família deve estar em harmonia para a construção ética do cidadão. A repressão da conduta negativa na fase inicial do

indivíduo começa com a relação familiar e para a continuação desse propósito e o ente estatal deve punir essas ações e investir em políticas para a prevenção da conduta, conforme artigo 227:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

Para um mundo mais justo e ético devem-se criar indivíduos íntegros, honrosos, honestos e etc., para que no futuro suas escolhas sejam adequadas com a finalidade ao bem comum. A corrupção, sério problema que empobrece a vida social, está atrelada a formação do indivíduo. Essa construção exige tempo e esforço, outro grande problema contemporâneo, muitos pais se eximem passando a responsabilidade para a escola e a consequência é devastadora criando filhos antiéticos. Como afirma Cortella:

O cuidado tem que ser maior com relação à família do que com relação à rua. Porque a rua tem, sim, uma dimensão que é muito mais transparente, muito mais evidente do que, por exemplo, aquelas famílias em que o pai fala uma coisa e age de outro modo. Ou em que a mãe aponta para determinada direção, mas no cotidiano ela se conduz de outra forma. (2014, p.24).

O filósofo Mario Sergio Cortella afirma em seu livro uma passagem sobre a prática da conduta negativa, “Kant sugere algo especial. Ele diz que tudo o que não se puder contar como fez, não se deve fazer.” (2014, p. 14). Esse trecho Kant aborda o que “não se puder contar” como um comportamento incorreto com base nos princípios e valores de uma coletividade, a exposição da atitude cause vergonha, repulsa, não tem relação com a privacidade do indivíduo. O famoso jeitinho brasileiro que é utilizado como forma de burlar a lei para alcançar um objetivo individual, a conduta ética não deve ser cobrada apenas a atos mais complexos, como por exemplo, um sujeito que reclama da corrupção, mas compra produto pirata, utiliza eletricidade clandestina... o exercício ético que deve ser mantido até nos pequenos delitos do cotidiano.

Apesar da revolta e vergonha dos escândalos de corrupção e impunidade que atualmente estamos presenciando, a transparência do comportamento negativo é necessário para a modificação do cenário político e judiciário. A sociedade não deve se contentar com uma situação depreciativa, deve tentar reverter para alcançar o tão sonhado progresso. O Poder Judiciário, na visão social, está diretamente atrelado com a justiça, mas atualmente nota-se o descaso com esse valor, quando juízes e desembargadores corrompem-se para satisfazer vantagens particulares.

5 | CONCLUSÃO

A constante evolução da sociedade tem a necessidade de uma mudança para alcançar a sua finalidade, devendo ser gradual a fim de alcançar a segurança jurídica nas decisões e adaptando-se aos problemas do Judiciário. Analisando por um lado positivo a fusão dos sistemas trouxe celeridade, economia processual e uma redução no acúmulo de processos. Com a transição houve no início uma resistência, tendenciando à para valorização do texto legal, com o passar do tempo quando os problemas surgiram e foram resolvidos flexibilizaram adotando os precedentes.

Para que o Brasil caminhe para a adaptação do sistema *common Law* sempre haverá a necessidade de modificação, de desenvolvimento, de ajuste buscando suprir as lacunas sociais.

Importante ressaltar que a ética é um elemento imprescindível para a eficácia do sistema, não só no Judiciário, e sim no desenvolvimento em geral da sociedade. A base do progresso social é o respeito ao próximo, realizando estruturas sólidas de interesse ao bem comum, ou seja, percorrendo um processo de conscientização na conduta colocando como principal importância escolhas que gerem benefícios para a comunidade, sacrificando seus interesses individuais por um bem maior. É notório que essa atitude cidadã afeta o indivíduo indiretamente, pois o homem é um ser social, vários pensadores debruçaram-se na perspectiva da relação do homem com a coletividade.

Decisões com viés mais humanizadas, com o objetivo de atender às condições sociais voltadas para a real realidade, e não apenas com base na lei pura e nos princípios, “*dura lex sede lex*”, desenvolve a prática da justiça. Um juiz que foca exclusivamente na sua perspectiva de “mundo”, estabelecendo diretrizes para sua satisfação pessoal não está apto a resolver conflitos, é necessário um processo de reprojção, alicerçado na ética e valoração do bem comum.

REFERÊNCIAS

ARIELY, Dan. **A mais pura verdade sobre a desonestidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARISTOTELES. **Ética a Nicomêco**. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Anual da Ouvidoria do conselho nacional de justiça**. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/4ec8749b0c38effbec07fed4f48c85a9>>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

CORTELA, Mario Sergio; FILHO, Clovis de Barro. **Ética e vergonha na cara**. São Paulo: Papyrus 7 mares, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Natália Costa de; RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli. **A queda do sistema Civil Law no ordenamento jurídico brasileiro**. Journal Interdisciplinary. São Paulo, v.1, n.1, pp.142-154, 2017.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 1 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=c6Uux6_FCk4>. Acesso em: 13 de maio 2018.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 2 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OxqPyO4FePw>>. Acesso em: 13 de maio 2018.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 3 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1N-_4Q2OHxg>. Acesso em: 13 de maio 2018.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 4 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FgwXNISPe3I>>. Acesso em: 13 de maio 2018.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 5 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LekxspEGcls>>. Acesso em: 13 de maio 2018.

FIDELIS, Alexandre. **Palestra Ética e & Valores – Prof. Clovis de Barros Filho: Parte 6 – USP/ESALQ**. 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1vYhDPRUZIs>>. Acesso em: 13 de maio 2018.

GANGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional**. 3.ed.rev., atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Copyright, 1515.

OLIVEIRA, Silvio Botelho de. **A ética e o poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/15_Silvio.Botelho.de.Oliveira.pdf>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

RAMOS, Vitor. **A república**. São Paulo: 2.v.1965.

RODRIGUES, Claudio Eduardo. **Ética Aristotélica: Finalidade, Perfeição e Comunidade**. Disponível em: <chrome-extension://ihgdgjpjankaehldoaimdlekdidkjfghe/viewer.html#http://www.luperciorizzo.com.br/wpcontent/uploads/2016/02/etica_aristotelica_finalidade_perfeicao_comunidade.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

SOARES, Josemar Sidinei. **A ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade**. Disponível em: <<chrome-extension://ihgdgjpjankaehldoaimdlekdidkjfghe/viewer.html#https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/download/182/164>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

PRECEDENTES DOS DIREITOS E GARANTIAS RELATIVOS À MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

Pedro Fernandes Negré

Discente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Presidente Prudente, São Paulo

Sérgio Tibiriçá Amaral

Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE (2011), Presidente Prudente, São Paulo

RESUMO: Atualmente os direitos relativos à manifestação de pensamento ganharam grande repercussão, inclusive passando a ter uma grande efetividade no ordenamento jurídico, não só do Brasil, ensejando questionamentos se tais direitos e garantias chegaram ao ápice de sua aplicabilidade. Porém, convém demonstrar que, todos esses direitos e garantias relacionados à liberdade de pensamento, sofreram ao longo da história uma grande evolução. Dessa forma, foi realizado um estudo sobre os antecedentes relativos aos direitos de manifestação de pensamento. Para entender o funcionamento atual de tais garantias, a melhor forma é estudar toda sua evolução ao longo da história, destacando os principais pontos, traçando um paralelo entre como esses direitos e garantias eram efetivados antigamente, além de quais foram os principais fatos que possibilitaram o seu desenvolvimento, e como são efetivados atualmente.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Relativos à Manifestação de Pensamento. Liberdade de Expressão. Antecedentes Históricos

ABSTRACT: At present, the rights related to the manifestation of thought have gained great repercussion, including having a great effectiveness in the juridical order, not only in Brazil, raising questions if these rights and guarantees reached the apex of their applicability. However, it should be demonstrated that all these rights and guarantees related to freedom of thought have undergone great evolution throughout history. Thus, a study was carried out on the antecedents related to the rights of manifestation of thought. To understand the current functioning of such guarantors, the best way is to study all of their evolution throughout history, highlighting the main points, drawing a parallel between how these rights and guarantees were effective before, in addition to what were the main facts that made possible the their development, and how they are currently being implemented.

KEYWORDS: Rights Concerning the Expression of Thought. Freedom of expression. Historical Background

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo objetivou a abordagem dos precedentes históricos dos direitos relativos à manifestação de pensamento, utilizando-se do método histórico para demonstrar toda evolução dos antecedentes, e comparativo, traçando paralelos entre as diversas fases, e como tais direitos e garantias são aplicadas atualmente. O discurso foi concentrado em capítulo único, que foi dividido em subtópicos. Inicialmente abordou-se a liberdade de expressão dos antigos, começando pelos egípcios, evoluindo para os gregos, realizando uma ligação com o Império Romano. Posteriormente na Idade Média, onde ocorreria uma grande censura, principalmente por se tratar do período da inquisição, inclusive comparando o posicionamento da Igreja Católica durante a Idade Média, com sua postura atual. Depois com as reações antiabsolutistas, e conseqüentemente o liberalismo, estudando os dois momentos da reforma protestante, e em seguida o início do liberalismo na Inglaterra. Sucessivamente, um dos subtópicos mais importantes do presente estudo, o constitucionalismo, iniciando previamente com os covenants, e outras declarações, para depois um recorte pela constituição estadunidense e a lei de sedição, que estabelecia certa censura. Adiante, com a constituição francesa, e sua característica da universalidade. Em seguida, o último subtópico, demonstrando as fases dos direitos relativos à manifestação de pensamento, e a imprensa, partindo primeiramente no Brasil Colônia, e realizando um recorte até a Constituição de 1988. Por fim, a conclusão está em capítulo próprio, destacando a importância da evolução histórica dos direitos relativos à manifestação de pensamento.

2 | ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS RELATIVOS À MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

Atualmente, os direitos relativos à manifestação de pensamento já estão presentes de forma efetiva em nossa sociedade e no nosso ordenamento jurídico. Porém, antigamente sequer existiam tais direitos, a liberdade de expressão de fato havia, mas bem diferente dos dias de hoje. A liberdade de expressão nas sociedades antigas se dava por meio de manifestações, como livros, jornais, pinturas e esculturas preservadas, que se sabe daquela realidade comum, de como funcionavam aquelas sociedades.

Utiliza-se para esse período inicial a denominação “liberdade de expressão dos Antigos”, com base na obra de Benjamin Constant de Rebec (REBEC, 1989). Não havia ainda direitos oponíveis ao Estado, que fazia algumas concessões no tocante às manifestações que eram meramente permitidas.

Portanto, a expressão como preservação do conhecimento, ou inclusive, como saber de determinado povo, revela tanto fatos como opiniões daqueles grupos, tais como os egípcios.

Nos mais remotos tempos foram encontrados diversos objetos, utilizados pelo homem, como documentos feitos em barro, cones, tabuletas e cilindros gravados, que datam de 2.700 a.C (SOARES,1975).

No Egito e na Pérsia, usava-se o pergaminho feito de pele de carneiro, costume também seguido pelos romanos. Os egípcios usavam palmeira para confecção de um tipo de papel. Também usaram diversas formas escritas nas pirâmides, como na tumba do faraó Tutancâmon, encontrada em 1922, onde havia um sarcófago trabalhado com desenhos e documentos escritos.

Esses hieróglifos do Egito eram veículos da transmissão da manifestação da expressão, ainda numa fase inicial na história da circulação das informações (CERAM, 1960). Os egiptólogos registram que, no ano de 1750 a.C., durante o reinado do faraó Thoutmés III, existia um jornal oficial, enquanto que, durante o reinado de Amarsis, o faraó enfrentou críticas feitas à sua administração pelos jornais satíricos (MIRANDA, 1995).

O Império egípcio durou perto de trinta séculos: o direito atingiu na época do Antigo Império (séculos XXVIII a XXV a.C), um alto grau de desenvolvimento, com organização do Estado e instituições de direito de privado (GILISSEN, 1988), não deixando códigos nem livros, apesar de ter desenvolvido um sistema jurídico.

Os gregos também foram de extrema importância, pois sua estrutura era bem diferente dos demais povos, dividindo sua história jurídica em cinco partes, sendo que, para a manifestação de pensamento, interessa apenas a partir da terceira fase, a da formação da polis, em que se iniciam algumas manifestações culturais e sociais (AMARAL, 2011). Em relação ao Poder Público da Grécia, pode-se estabelecer um paralelo com os sistemas atuais, já que inicialmente contava com Eclésia, Conselho de Bulé e Eliseu, que correspondem respectivamente ao Executivo, Legislativo e Judiciário.

A Eclésia se tratava de uma assembleia popular, controlando a liberdade de expressão, com a finalidade de votar o ostracismo, a punição de exílio a um cidadão que se manifestasse contrariamente (em que a pena poderia ser de dez anos do afastamento da polis), e a “atimia”, uma pena de perda total ou parcial dos direitos civis.

A Boulé ou Conselho dos Quinhentos, a qual os membros faziam um juramento: obedecer e não criticar as leis, onde redigiam os decretos que eram enviados à assembleia popular (Eclésia), além também de ser um controle das decisões dos magistrados, por meio da docimasia.

Por fim, o Eliseu ou Tribunal dos Heliastas, onde suas decisões representam a expressão da vontade e soberania popular (júri popular), onde julgavam os abusos da liberdade de expressão, por meio de magistrados, incumbidos de revisar das leis e presidir os pleitos que envolviam as manifestações do pensamento que contrariassem a ordem pública (chamados de tesmotetas).

Tais “instituições” se assemelham com as atuais, no que tange a forma de

organização e divisão, mas se diferem no que tange à liberdade de expressão e sua manifestação. Os Gregos contribuíram de forma significativa para o desenvolvimento da liberdade de expressão (seja por meio do teatro, manuscritos e principalmente por meio das manifestações dos filósofos).

Destarte, apesar de todos esses aspectos positivos, a democracia Grega era uma aristocracia, já que se condenavam determinadas manifestações de pensamento. Elas até existiam, porém eram extremamente limitadas, já que dependia do tema escolhido, de quem estava no poder, e o fato de que grande parte dos leitores e ouvintes eram homens, pois as mulheres, crianças e escravos não podiam pertencer a este público. Diversos assuntos poderiam ser proibidos, porém existiam determinados temas que sempre eram censurados, principalmente crítica aos deuses, e comentários sobre religião.

Platão defendia a liberdade de consciência e sua manifestação, porém, também defendia a censura (reconhecia que deveria haver limites), alegando que a vida pública não absorve por completo a natureza humana, sendo que suas opiniões e sua religião só interessam a ele mesmo.

Heródoto foi exilado aos trinta e dois anos por fazer manifestações políticas (COSTA, 2012), que apenas discordavam dos parâmetros pré-estabelecidos pelos detentores do poder.

Por sua vez, Pitágoras, seus escritos foram destruídos e acusado de duvidar da existência de um deus.

Já Sócrates buscou um posicionamento doutrinário contrário a alguns interesses dos cidadãos que estavam no poder, foi acusado de adorar estranhos ídolos e corromper a juventude, fazendo pronunciamentos que violavam os limites estabelecidos. Foi julgado e condenado à morte pela intoxicação por meio da ingestão cicuta. Assim, comprova-se que Sócrates foi o mártir da liberdade de expressão na Grécia Antiga.

Apesar de haver certa censura, todas essas manifestações foram de extrema importância, não só na Grécia Antiga, mas também para outros povos, como os Romanos, que veremos adiante.

Os romanos por sua vez, contribuíram com a liberdade de expressão.

A chamada “liberdade de expressão” romana é formada por um conjunto de regras jurídicas que sofreram diversas alterações ao longo de séculos, compreendendo os períodos: a) Realeza (753-510); b) República (510-27); c) Alto Império (127-284); d) Baixo Império (284-565) e e) Bizantino (565-1453) (LOPES, 2000).

Na Realeza, está ligada a lenda de Rômulo e Remo, surgiram algumas instituições político-jurídicas, porém de forma limitada, os reis exerciam as funções de sacerdotes e, suas atribuições ainda estavam vinculadas a um Estado Teocrático (WOLKMER, 2004), preocupando-se com todas as exteriorizações, como pinturas em muros, desenhos, publicações e discursos. No mesmo período, o direito era formal e rígido, com ritos solenes. Qualquer forma de exteriorização de liberdade de expressão seria punida. O crime de injúria era extremamente amplo, estando ligada a ofensas ao corpo

e às coisas, estava prevista na Lei das XII Tábuas.

As formas de manifestações também eram diferentes, vários registros de desenhos e frases em muros da cidade, com críticas, xingamentos, elogios aos gladiadores, e até propagandas de prostíbulos e bares, o que também era proibido pela Lei das XII Tábuas. Teatro e música eram castigados com a morte.

Com Júlio César, a liberdade de expressão passa para uma nova fase, porém com a finalidade de propaganda política para conseguir através do povo incentivo para estabelecer uma ditadura. Existiam os “Annales”, criados pelos Pontífices, para uso de algumas autoridades, e quando usados de forma reservada, eram chamados de “Comentarii Pontificum” e quando públicos de “Annales Maximi” (NEVES, 1977):

“Júlio César (70 a.C.) havia determinado que nos “*annales maximi*”, o veículo de comunicação oficial, fossem publicados não apenas notícias gerais, espetáculos públicos, mas também todos os atos oficiais do Senado (OLIVEIRA, 1956). De periodicidade diária ou quase diária, também estabelecidas por César, foram as “*actae diurnae*”, cuja finalidade, inicialmente, seria difundir as informações e notícias do Senado. Eram afixadas em lugares públicos, embora fossem enviados manuscritos aos senadores e para outras autoridades. (MIRANDA, 1959).

Posteriormente, as informações da vida privada dos cidadãos de Roma também foram incorporadas nas publicações e não mais apenas os atos oficiais. Ampliou-se, dessa forma, a chamada “*actae diurnae*”, nas quais se podiam ver curiosidades dos assuntos tratados a respeito do povo nas cúrias, os nascimentos e vários outros assuntos que foram, posteriormente, importantes documentos históricos (FARIAS GARCIA, 1994). O veículo de propagação de informações variadas serviu, principalmente, de instrumento da propaganda da ideologia dominante na República e no Império (COIMBRA, 2002).

Dessa forma, mesmo que com finalidade política, deve-se reconhecer que a imprensa ganhou uma nova característica durante o Império de Júlio César.

Porém, tal avanço perdurou apenas até o fim da República, pois com o seu fim, formou-se um império despótico, onde os imperadores absorveram para si os poderes de todas as instituições, acabando com todo o avanço conquistado anteriormente, não respeitando as leis, e realizando uma forte fiscalização de publicações (AMARAL, 2011).

3 | MANIFESTAÇÕES DE PENSAMENTO NA IDADE MÉDIA E A INQUISIÇÃO

Trata-se de uma evolução em relação às outras formas de Estado, voltado para o liberalismo. Anteriormente, o Estado se pautava no absolutismo monárquico, um sistema que inexistia limites ao seu poder, tratava-se do direito divino dos reis, os quais literalmente eram vistos como provenientes de Deus, com natureza divina. O principal precursor doutrinário durante o absolutismo monárquico foi Thomas Hobbes, com sua obra “O Leviatã”, em que alegava que o homem era um ser antissocial por natureza, e seu “apetite social” seria o fruto da necessidade da vida comunitária, fiscalizada por um aparato social gigantesco destinado a impor a ordem, o Estado, o qual o denominava como “Leviatã”, o monstro bíblico do livro de Jó, designava um monstro mitológico que

habitava o rio Nilo e que devorava as populações ribeirinhas, assim como, segundo Hobbes, o Estado faz com seus súditos. Porém Hobbes não aceita a tese de que o poder soberano seja uma instituição divina, pautando-se na racionalidade, em uma perspectiva laica.

Nesse período fica mais que claro que há restrições à liberdade de expressão, já que havia um grande controle, sendo este realizado pelo rei, (representante de Deus), além também de estar ocorrendo a Inquisição, promovida pela Igreja Católica, com o objetivo de combater a heresia, proibindo as publicações e manifestações que se oponham a fé e a moral. Inclusive, Giordano Bruno, filósofo e frade dominicano italiano, foi condenado à morte na fogueira por adotar pensamento oposto ao da igreja, apenas por contestar teses teológicas. Entre outros percursoros doutrinários durante o absolutismo monárquico estão Jean Bodin e Giovanni Botero, seguindo as linhas de Nicolau Maquiavel, principalmente em relação à obra “O Príncipe” (MALUF, 1999).

Porém houve uma reação antiabsolutista, pautado no pensamento racionalista, fazendo com que a população passasse a ter uma ideia de liberdade. Tais pensamentos têm como principal difusor John Locke (MALUF, 1999). Baseado nos princípios liberais da teoria contratualista, em sua obra *Segundo tratado do governo civil*, diz que deve haver distinção entre os poderes Legislativo e Executivo, e em caso de conflito entre o poder do governante e o povo, deve prevalecer à vontade soberana da comunidade nacional, que seria a única fonte de poder. O liberalismo nasceu na Inglaterra, sendo que a própria palavra tem sua origem relacionada ao segundo Bill of Rights que o Parlamento inglês impôs à coroa no ano de 1689, em que dentro de seus 13 artigos, prescreviam uma série de princípios de liberdade e garantia aos seus cidadãos.

4 | REAÇÕES ANTIABSOLUTISTA, LIBERALISMO E O PRÉ CONSTITUCIONALISMO

Assim, nessa linha tênue entre a reação antiabsolutista, principalmente pela presença da Igreja Católica, traçando paralelo com o liberalismo, deve-se analisar também a reforma protestante, um movimento extremamente importante no que tange à liberdade de expressão, e o avanço para a sua conquista, já que nesse período há o extremo da Inquisição, em que a Igreja censura de forma extensa qualquer opinião contrária a Igreja.

Tais reformas, posteriormente, irão impulsionar o liberalismo, o qual se inicia na Inglaterra, e que posteriormente iriam refletir diretamente em outras regiões, como na América do Norte com os Covenants.

Dessa forma, ocorreram duas reformas protestantes. Em um contexto geral, tais reformas estavam diretamente ligadas à liberdade de expressão, e a manifestação religiosa, especificadamente a da Igreja Católica Apostólica Romana. Tais pensamentos começaram a serem “reformados” com o advento da reação absolutista, baseando-se

na ideia de um novo pensamento, pautado na racionalidade, principalmente com os ideais de John Locke.

Primeira reforma foi realizada por Martinho Lutero, uma das figuras principais da reforma. Lutero afixou na porta da Igreja de Todos os Santos, na Alemanha, as suas 95 teses denunciando a corrupção na Igreja Católica pela venda maciça de indulgências aos pecados dos fiéis. Para o Protestante, a riqueza era importante, porém deveria advir do trabalho árduo e honesto. Inclusive Marx Weber traça um paralelo entre a ética puritana, e o capitalismo industrial (ECODEBATE, 2017). Porém para o presente recorte, importa o fato de Lutero ter contestado os ideais da Igreja Católica, inclusive criando uma nova vertente da Igreja Católica, a luterana, o que evidencia um avanço da liberdade de expressão, principalmente se observar o fato de tais manifestações terem sido direcionadas à Igreja Católica.

A Igreja inicialmente não observou com a devida importância tal manifestação. Porém, após, surgiram diversas ramificações da Igreja Católica, com novos pensamentos, como a segunda reforma, que foi realizada por João Calvino, na Suíça, porém também, Ulrico Zwínglio tenha iniciado em Genebra, mas mantiveram Calvino como líder.

Os calvinistas se diferem dos luteranos, já que só admitiam aquilo que estava presente nas Escrituras. A denominação “puritana” se refere ao que esses cristãos gostariam de fazer com a igreja e na vida em sociedade: purificá-la de todos os dogmas presentes na vida secular, mas ausentes nas Escrituras, assim, cria-se uma categoria específica de humanistas bíblicos devotados ao estudo das Escrituras em seus originais gregos e hebraicos.

As reformas protestantes tiveram a justificação teológica (a liberdade de expressão e de religião está englobada em um direito inerente ao indivíduo, como algo subjetivo e próprio da pessoa, um direito natural), como uma forma de combater à censura papal das opiniões divergentes sobre a doutrina cristã.

O anglicanismo, que ocorreu após as reformas protestantes, também contribuiu para o surgimento de uma nova religião. Henrique VIII foi o propulsor da religião Anglicana, realizando uma cisão com a Igreja Católica Apostólica Romana no ano de 1534. Mas Henrique VIII não foi o fundador da Igreja Anglicana, ela já existia muito antes, inclusive, tal separação não se deu apenas por motivos religiosos, mas também por motivos políticos e até pessoais. A religião começou na verdade, com Anselmo (1034-1109), que aceitou o convite para ser Arcebispo de Cantuária (CATEDRAL ANGLICANA DE SÃO PAULO, 2010). Henrique VIII não permitiu inicialmente, durante seu governo, a tradução da Bíblia para o inglês, expediu o primeiro índice de livros proibidos, incluindo cinco publicações de Martinho Lutero, proibindo o estudo do direito canônico. Entre algumas de suas crueldades, sancionou Thomas More (ACQUAVIVA, 2010) e John Fischer, em 1535, por se negarem a reconhecer seu poder supremo sobre a religião, e perseguiu a William Tyndale, queimando cópias de sua tradução inglesa do Novo Testamento, assim como todos os escritos contrários.

Tyndale traduziu a bíblia para o inglês tomando como base os originais escritos em grego vulgar e hebraico e aramaico. Essa tradução, segundo os especialistas, influenciou muito a maneira de falar dos ingleses e perdura até os dias atuais (AMARAL, 2011).

Também devemos destacar o liberalismo. A denominação “Liberalismo” provém do segundo Bill of Rights imposto à Coroa inglesa, em 1689, especificadamente no artigo que autoriza o porte de armas para os cidadãos ingleses. Por séculos absolutistas tentaram se manter no poder. Importante ressaltar que os ideais liberais surgiram antes, a partir da Revolta dos Barões. O parlamento inglês teve grande importância, pois principalmente após a morte de Carlos I, sempre se opôs ao absolutismo, enfrentando grandes dificuldades durante o regime de Cromwell. Foram necessárias três Declarações de Direitos (de 1679, 1689 e 1701) para que o Parlamento inglês vencesse o anseio absolutista por poder (MALUF, 1999).

Assim, feitas as considerações acima, podemos prosseguir com os precedentes relativos à liberdade de expressão, e iniciar o estudo a partir do Constitucionalismo nos Estados Unidos e na França.

5 | CONSTITUCIONALISMO NOS EUA

Observa-se uma gradação relativa nos direitos relativos à manifestação de pensamento, com as reações antiabsolutista, e com o início do liberalismo, tais direitos passam a ganhar um reconhecimento muito mais amplo. Agora iniciando o estudo pelo início do Constitucionalismo, que se funde com o início da Constituição, e conseqüentemente, com os Direitos Fundamentais do Homem, através da Declaração de Direitos. Os Direitos Fundamentais já existiam em declarações antigas, como a Magna Carta (1215), a Petition of Rights (1628), e o Bill of Rights (1688), porém com sentido diferente das cartas e estatutos modernos, que foram criados a partir das Revoluções Americana e Francesa (SILVA, 2012).

Em relação à América do Norte, podemos inicialmente falar dos Covenants, em que sua origem não se deu na América (AMARAL, 2011):

O “covenant” era, inicialmente, uma aliança celebrada entre os súditos e o rei, visando garantir um antecedente de direito constitucional estipulado formalmente, ou seja, um tipo de pacto feudal formal e escrito, com assinatura da autoridade concedente, no qual constavam destinatários das concessões. Seu caráter inaugural é religioso e inspirado na Reforma. A autoridade concedente era o monarca ou nobre. É praticamente uma lei escrita entre as partes, embora fosse uma outorga do soberano para com um ou mais súditos. Garantiu uma ou mais liberdades, como de expressão, de culto, de liturgia, de organização e de literatura. O covenant é um antecedente da liberdade religiosa e de expressão.

Dessa forma, entende-se que os covenants também são instrumentos que garantem liberdades, principalmente relativas à de expressão e religiosa. Seria como se fosse um pacto, e inclusive utilizando um critério cronológico de classificação dos

tipos ou espécies, observa-se uma evolução dos direitos pactuados, evidenciando ao longo dos anos tentativas de ou novos limites ao poder absoluto.

Tais “pactos” foram utilizados diversas vezes ao longo da história, mas principalmente com cunho religioso, a título de exemplo, no século XVII, existiam os presbiterianos escoceses, os quais eram chamados de “covenanters”, que por meio desses pactos conseguiram garantir o presbiterianismo como religião exclusiva e oficial da Escócia. Esses documentos também ajudaram a estabelecer a supremacia do Parlamento diante do monarca absoluto na Escócia e na Inglaterra (AMARAL, 2011).

Porém na América do Norte, as garantias dos covenants foram ampliadas, mas ainda assim baseados nos covenants religiosos (AMARAL, 2011):

“[...] A partir de 1620 quando William Bradford, Miles Standish, John Alden, Gilbert Winslowe os demais passageiros do Mayflower juraram solenemente e mutuamente na presença de Deus, e na presença uns dos outros, juntar-se e combinar-se em organismo político civil, para (seu) melhor ordenamento e preservação (e) para a Glória de Deus e a propagação da fé cristã”, criou-se um novo modelo. Em 1776, seus descendentes também firmaram um pacto solene, com o objetivo de formar algo novo baseado na experiência das liberdades de expressão e de religião. Ao declararem seu direito de autodeterminação, eles invocaram a Deus e construíram algo novo que veio da experiência.”

Portanto, na América do Norte, o covenants foi um antecedente crucial na origem dos direitos fundamentais, garantindo a autodeterminação religiosa e de expressão, e que posteriormente seria ampliada para outras garantias, sendo que a ideia inicial das colônias era de organizar uma sociedade pautada no poder real, o qual deveria estar submetido à vontade de Deus e depois, com a constituição, atrelada à vontade do povo.

Contudo deve-se abordar de forma sucinta outra importante declaração de direitos, que foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Ela antecede a Declaração de Independência dos EUA, e conseqüentemente, sua Constituição. Entre alguns preconizados pela referida declaração estão: “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos são hereditários; as eleições dos representantes do povo devem ser livres”, entre outras garantias. Dessa forma, sua estrutura é voltada para uma limitação dos poderes, para evitar arbitrariedades com a população. Apesar de ter natureza jurídica, teve menos repercussão que a Declaração de Independência, elaborada por Thomas Jefferson (SILVA, 2012).

A liberdade de expressão e religiosa contribuiu de forma significativa para os Estados Unidos já que a cultura protestante havia transformado a vida nas colônias, transformando-as em alfabetizadas, empreendedoras e habituadas a participar das decisões comunitárias. No ano de sua Independência, o padrão de vida dos norte-americanos já era superior a da sua metrópole, a Inglaterra (inclusive, se mantinham informados sobre as novidades que chegavam da Europa, por meio de livros e revistas, e a circulação de jornais chegava a três milhões de exemplares por ano, além da

existência de nove universidades, incluindo Harvard) (GOMES, 1822).

A Constituição dos Estados Unidos ganhou muitas críticas, já que originalmente não continha as liberdades individuais, sendo inseridas posteriormente. Assim, direitos e garantias relativos às liberdades de expressão e religiosa acabaram sendo aceitos e colocados apenas com a “declaração de direitos”.

Durante as Atas de Convenção Federal dos Estados, houve uma proposta para a composição de uma comissão para elaborar uma Carta de Direitos, mas a proposta foi rejeitada de forma unânime. Houveram várias propostas de inserção de dispositivos relacionados à liberdade de expressão, e principalmente à liberdade de imprensa.

A emenda aprovada pela Câmara, dizia o seguinte: “os direitos de consciência, a liberdade de palavra ou de imprensa e o direito de julgamento pelo júri em processos criminais não serão violados pelos Estados”. Assim, através da Declaração de Independência, a qual foi redigida pelo, na época, advogado, Thomas Jefferson, surge uma nova era, já que esses direitos apenas poderiam ser concedidos por pessoas específicas como um rei, ou por instrumentos como covenants e outros tipos de pactos. A Declaração de Independência previa que “todos os homens nascem iguais”.

Porém, apesar do grande avanço, a Declaração de Direitos, principalmente os direitos da primeira emenda, como a liberdade de expressão e religiosa, acabou por ganhar certa resistência por parte dos governantes. Buscou-se uma limitação a esses poderes. Para isso, foi criada a Lei de Sedição, punindo com multas pesadas e até com prisão, os escritos que difamassem o Governo, sendo amplamente repudiada pela população, e principalmente pela Suprema Corte, sendo que esta última ocorreu de forma “externa”, através de uma declaração no jornal, o juiz James Madison alegou que a lei era inconstitucional, pois contrariava a segunda emenda. O Executivo acabou por revoga-la após toda repercussão negativa.

Os Jornais da época contribuíram muito para a propagação de ideias e doutrinas, é claro que existiam livros e revistas também, porém os jornais eram maioria.

Podemos destacar sobre a Lei de Sedição e sua repercussão, que sua revogação ocorreu devida o medo dos governantes, de surgir alguma revolta diante da decisão, evidenciando o avanço da solidificação dos direitos, não apenas dos relativos à manifestação, mas nas garantias como um todo, já que se compararmos com outras fases da história, dificilmente um governo iria hesitar para satisfazer os anseios da população, e também por receio de uma eventual revolta.

6 | CONSTITUIÇÃO FRANCESA

Na França podíamos reconhecer duas situações: o liberalismo, liderado por Montesquieu, e a monarquia absolutista dos Bourbons. Dessa forma tínhamos de um lado o liberalismo, atrelado aos revolucionários, os quais foram essenciais na luta contra o absolutismo francês. E por sua vez, a monarquia absolutista, que dividia

a sociedade em três classes: Nobreza, Clero e Povo (MALUF, 1999). Porém essa divisão era extremamente desigual, já que o Clero e a Nobreza eram responsáveis por praticamente toda riqueza, enquanto que o povo vivia na miséria. A Constituição estadunidense influenciou na elaboração do texto francês. Contudo há outros fatores importantes que ocorreram previamente. Entre eles, podemos destacar a oficina tipográfica, também chamada de imprensa, invenção de Johann Gutenberg, inaugurada em 1470 na cidade de Paris.

Tratava-se de uma grande conquista, pois facilitou a reprodução de livros e impressos, mas acabaram ganhando atenção dos governantes, principalmente textos contrários aos “bons costumes”. Dessa forma passaram a impor limites às publicações que eram realizadas, algumas faculdades proibiram diversas publicações, inclusive catálogo de obras que estavam proibidas (atitudes adotadas pela Universidade Católica de Lovaina e Universidade de Sobornne).

Tais censuras perduraram até a Revolução. A censura do teatro, música e poesia era uma política oficial (AMARAL, 2011). A Coroa fiscalizava impressões e outras manifestações, entre eles, uma inspeção prévia dos conteúdos dos manuscritos, pagamento de editores, e se fosse necessário, modificar o trabalho. Toda essa fiscalização era realizada pelos oficiais da polícia, que também deveriam detectar se a obra era perigosa ou clandestina.

Porém também ocorreram sanções desproporcionais e violentas, como do pensador e poeta Etienne Dolet, condenado à forca, sob a acusação de ter imprimido obras que contrariavam o pensamento da Igreja Católica, além de diversos outros autores e poetas.

“A Gazeta”, de autoria de Théophraste Renaudot, foi o início da imprensa continental na Europa, já que o Rei Luís XIII concedeu o direito de imprimir e vender os exemplares (AMARAL, 2011). Foram chamados de “Diários Oficiais”, escritos por pessoas ligadas aos interesses da corte. Contudo, começaram a surgir publicações clandestinas, que passaram a provocar reações na opinião pública, inclusive, cabe ressaltar que Montesquieu, Voltaire, Rousseau e outros tinham suas obras publicadas no estrangeiro.

Como falado anteriormente, a sociedade francesa era dividida em três classes, chamadas também de Três Estados. Deveria ocorrer a convocação da Assembleia dos Três Estados, porém a monarquia não a convocava desde o ano de 1614. Passado mais de um século, no ano de 1786, foi convocada a Assembleia dos Notáveis, mas não foi efetiva do ponto de vista da população, como explica Sahid Maluf: “A convocação da Assembleia dos Notáveis não produziu efeito no espírito público, porque esse órgão não representava o povo, e porque a reforma fiscal só podia ser consentida pelos Três Estados”. Ou seja, era necessária a convocação da Assembleia do Terceiro Estado, situação que foi modificada em 1789 (MALUF, 1999):

“Em 17 de Junho de 1789 a Assembleia do Terceiro Estado decidiu chamar-se Assembleia Nacional [...] Era o início da revolução. A 14 de julho o povo apoderou-se da Bastilha, que era considerada como símbolo do absolutismo. Em seguida, a Assembleia Nacional assumiu o poder constituinte, empenhando-se na elaboração da Carta Constitucional da República”.

Ocorreu a Revolução Francesa, que tem como documento importante, o panfleto ‘Qu’est-ce que lê Tiers État?’ (O que é o Terceiro Estado), elaborado pelo abade Emmanuel de Siéyès. E após institui-se o Estado Liberal, sendo promulgada a primeira Constituição no ano de 1791, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A partir da declaração, a imprensa francesa passou por diversas fases:

“Revelam, também, os autores espanhóis que a liberdade de imprensa viveu fases diferentes no território francês: a) de 1789 a 10 de agosto de 1792 (suspensão dos poderes do Rei, com liberdade de informação e opinião); b) de agosto de 1792 a outubro de 1795 (fim da Convenção, que marca o começo da prisão, perseguição e confisco); c) de 1795 a 9 de novembro de 1799 (O Diretório coloca um imposto sobre o timbre e estabelece censura e supressão de periódicos); e d) de 1799 a 1815 (fase Napoleônica que, praticamente, extinguiu a liberdade de imprensa).”

Ou seja, houve inicialmente uma grande abertura, e após uma limitação gradual das garantias. Até o ano de 1792 houve ampla aplicação dos direitos relativos à manifestação de pensamento. Depois com a “Convenção”, e na fase Napoleônica, essas liberdades foram restringidas, apesar de estarem previstas na Declaração. Posteriormente, com a Constituição de 1814, a liberdade de imprensa aparece em forma de princípio, e os direitos dos homens passam a receber definições mais concretas, os quais se solidificam de fato após as Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, reproduzindo os direitos promulgados pela Declaração de 1789 (AMARAL, 2011).

Deve-se ressaltar também que as Declarações das colônias inglesas na América, diferem da Declaração francesa em determinados pontos. A primeira era uma Declaração voltada mais para o aspecto particular, apresentando características mais sólidas, enquanto a francesa é voltada para o aspecto universal, baseado em três características universais (SILVA, 2012): intelectualismo (a afirmação de direitos aliada a restauração de poder, tratou-se de uma operação intelectual); mundialismo (a Declaração francesa previa princípios que transcendem a França, alcançando um valor universal); e individualismo (preocupa-se apenas com a liberdade do indivíduo, defendendo-o contra o Estado). Sendo um documento com a característica da universalidade, passou a ser usado como modelo na elaboração das novas Constituições, principalmente de outros países.

7 | ANTECEDENTES DO BRASIL E BRASIL COLÔNIA

Inicialmente, tanto em Portugal, quanto em suas colônias por volta de 1500, seguiam a tendência dos demais países europeus e restringiam a liberdade de expressão, (principalmente pelo poder da Igreja Católica, já que estavam no período

da inquisição). Também era o período do iluminismo, o qual estava na escala mais alta de fiscalização. Falando brevemente de Portugal, a liberdade de expressão e de imprensa passou a existir apenas após 1800, ou seja, após o constitucionalismo, especificadamente em 1820 com a Revolução do Porto, e 1821 com a Constituição, prevendo a liberdade de expressão e de imprensa (AMARAL, 2011).

Já voltando para o Brasil Colônia, quando uma pessoa viajasse para algum colônia, levando com sigo algum livro, era necessário conseguir um despacho da Real Mesa Censória, constando que a publicação não cuidava das matérias religiosas, política, filosofia e econômica. No Brasil colonial, a censura durou três séculos, já que havia um grande medo de que idéias revolucionárias e contrárias aos reis adentrassem no novo mundo.

Porém, mesmo com tanta fiscalização, foram encontradas publicações clandestinas no Rio de Janeiro, inclusive, a entrada de publicações estava incontrolável, e quanto maior o número de restrição, maior o número de publicações clandestinas. A Coroa Portuguesa teve de tomar providências mais rígidas, para impedir a qualquer custo a instalação da imprensa em sua colônia, já que representaria uma ameaça à sua autoridade, além de poderem fomentar ideais revolucionários e conspiratórios em face da realeza. Não só ocorriam proibições, mas também diversas sanções, como prisão e confisco dos bens (AMARAL, 2011).

No ano de 1808, o Correio Brasiliense começou a ser impresso em Londres, foi onde surgiram as primeiras críticas aos monarcas, além de notícias, as quais não eram censuradas, pois se tratava de um jornal clandestino, versando sobre os interesses do Brasil, apesar de impresso na Inglaterra, foi o primeiro órgão da imprensa nacional sem qualquer vínculo com o Governo. Difere da Gazeta do Rio de Janeiro, que era órgão oficial, e representava os interesses da Coroa. O Correio Brasiliense foi considerado o primeiro jornal independente do País, mesmo que circulasse no Brasil e em Portugal, e que era transportado clandestinamente via navios ingleses. O redator foi perseguido pela Coroa, que inclusive proibiu sua circulação até mesmo nas colônias.

No Brasil, a imprensa brasileira, percebeu a grande mudança no ano de 1821, por um decreto de D. João VI, por pressão popular, aboliu a censura. Porém a censura não foi extinta, apenas mudou sua forma de exercer. Não ocorria mais a apreensão do material, era feito uma seleção do que podia ser publicado, e o que não podia.

A partir da Constituição de 1824 surgiram as liberdades de expressão e religião, e conseqüentemente com a liberdade de imprensa através da Lei de Imprensa de 1823. Anteriormente, a imprensa brasileira foi regulada por leis portuguesas e pela Igreja Católica, porém, em 1822, o Ministro José Bonifácio de Andrade e Silva assinou uma portaria, que englobava uma legislação sobre informação. Após a realização da portaria, o Senado da Câmara do Rio, pediu a D. Pedro I, o juízo por jurados, sendo necessária uma solução, que não foi imediata (AMARAL, 2011). Apenas quando foi prestada queixa contra o redator do “Correio do Rio de Janeiro”, é que foi criado um diploma regulamentando o funcionamento da imprensa no Brasil, aproveitando-se de

uma lei portuguesa, principalmente no trecho que envolvia sanções. Assim, verifica-se que sempre houve uma tentativa de controle pelos governantes, tanto no período colonial, quanto no período pós independência, evoluindo aos poucos o ordenamento jurídico, e conseqüentemente as garantias constitucionais.

8 | CONCLUSÃO

Com o presente estudo acadêmico, conclui-se que os direitos relativos à manifestação de pensamento sofreram grandes modificações ao longo da história. Desde os primórdios da história da humanidade, a manifestação de pensamento esteve presente, claro que se adequando à sua época, como a liberdade de expressão dos antigos, que era exercida conforme as peculiaridades apresentadas, diferindo em muito com a forma de manifestação que é exercida hoje. No decorrer do estudo, percebe-se que com o transcorrer dos períodos, as manifestações foram ganhando cada vez mais espaço, porém sempre atreladas a algum tipo de censura. Na própria Grécia antiga que parecia privilegiar a democracia, principalmente por meio de seus filósofos, acabou, algumas vezes, por condená-los, inclusive à morte, por suas manifestações, sendo claramente uma contradição, mas que se adequa ao que era habitual na época. Depois, passado para a Idade Média, surge a figura da Igreja Católica de forma absoluta, através da inquisição, realizando não apenas um forte controle através de fiscalizações, mas também com diversas sanções, principalmente as violentas, como condenação à morte de qualquer um que se oponha aos pensamentos da Igreja. Mais tarde um novo avanço, com as reações antiabsolutistas, e com o surgimento do liberalismo, baseado nos ideais de John Locke, Rousseau e Montesquieu, tentando impor limites aos governantes. A partir desse momento, começa-se a criar uma consciência por parte da população de que era necessário impor limites aos reis, e que era possível essa imposição.

Mas somente com o Constitucionalismo é que os direitos relativos à manifestação de pensamento passam a ganhar uma nova característica, e uma amplitude maior. Tanto a Constituição dos Estados Unidos, quanto à da França, foram de extrema importância para o desenvolvimento da liberdade de expressão e de imprensa. É claro que, a Constituição francesa, por sua característica de universalidade, acabou por influenciar os diplomas de outros países. Nesse período em que as limitações aos governantes, realmente passam a se tornarem efetivas, já se assemelhando com a liberdade existente hoje.

No Brasil, durante seu período colonial, seguiu-se o padrão adotado na metrópole lusitana, que seguia também o que era adotado por outros países na época. Valendo-se principalmente da censura, que foi maior durante o período da inquisição, perdurou efetivamente até o século XIX, com o início do Constitucionalismo, que gradativamente foi retirando as censuras.

Já após a Independência do Brasil, observa-se que a legislação que prevê a liberdade de expressão e de imprensa é recente, e com resquícios da legislação portuguesa. No entanto, os governantes buscaram através da censura, um controle da liberdade de expressão e da imprensa. Sendo que a evolução do ordenamento jurídico brasileiro, progrediu de forma lenta, mas aos poucos foi alcançando uma determinada estabilidade.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio, **Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva 3ª. Ed, 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *Tese de Doutorado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos* - Instituição Toledo de Ensino.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Editora Campus 4ª. Ed, 2004.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Saraiva 6ª. Ed, 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Curso de Ciências políticas**, São Paulo: Editora Forense 3ª.Ed, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu, **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva 30ª. Ed, 2011.

FARIAS GARCIA, Pedro; FARIAS BATLLE, Pedro. *En torno a la libertad de empresa informativa*. Madrid: Complutense, 1994.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros). Lisboa: Gulbenkian, 1988

GOMES, Laurentino. **1822: Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**, São Paulo: Max Limonad, 2000.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, São Paulo: Saraiva 25ª. Ed, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva 14ª. Ed, 2013.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à lei de imprensa**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NEVES, Francisco de Assis Serrano. **Direito de Imprensa**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

OLIVEIRA, João Gualberto de. **Liberdade de imprensa – no Brasil e na Suécia**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Expansão Comercial, 1956.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva 14^a. Ed, 2013.

REBEC, Benjamin Constant. ***De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos***. In: Escritos Políticos (Estúdio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sanchez Mejía). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editora 35^a. Ed, 2012

SOARES, Orlando. ***Direito de comunicação***. 2^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, s d.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**, Belo Horizonte: Del Rey 2. Ed, 2004.

Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/10/09/os-500-anos-da-reforma-protestante-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>

Disponível em: <https://www.catedral-anglicana.org.br/histria-do-anglicanismo>

PRECEDENTES JUDICIAIS E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Suian Lacerda dos Santos

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa Salvador-Bahia

Ana Paula de Almeida Lima Leal

Mestre em Direito Público (UFBA), especialista em Temas Trabalhistas e de Direito Processo Civil, Professora do curso de Direito do Centro Universitário UniRuy, Advogada/OAB-BA: 11.676 sócia da Lima Neves Advogados Associados. Salvador-Bahia

RESUMO: Este trabalho visa explicar acerca da uniformização da jurisprudência diante do instituto dos precedentes judiciais obrigatórios (regulamentado pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015). A metodologia aplicada foi revisão bibliográfica, em específico a análise das leis e da doutrina, sendo, portanto, uma análise qualitativa. A importância deste estudo se revela patente, em virtude da inovação normativa que trouxe o legislador de 2015 ao introduzir o sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, é preciso compreender este novo sistema e quais os possíveis efeitos no campo jurisprudencial, para fins de aperfeiçoamento do Poder Judiciário e efetivação dos princípios constitucionais, notadamente da Segurança Jurídica e da Isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais; Código de Processo Civil; Jurisprudência.

ABSTRACT: This paper aims to explain about the uniformity of jurisprudence in front of the institute of mandatory judicial precedents (regulated by the Code of Civil Procedure (CPC) of 2015). The applied methodology was a bibliographical review, in specific the analysis of the laws and doctrine, therefore, a qualitative analysis. The importance of this study is evident, due to the normative innovation brought by legislator of 2015 when introduced the system of mandatory judicial precedents in the Brazilian legal system. So, it is necessary to understand this new system and its what possible effects in the jurisprudential field, to increase the improvement of the Judiciary and effecting the constitutional principles, notably Legal Security and Isonomy.

KEYWORDS: Judicial Precedents; Code of Civil Procedure; Jurisprudence.

1 | INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015 foi publicada a lei nº 13.105, intitulada Código de Processo Civil, tendo revogado a lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. O novo código efetuou significativas

alterações quanto aos regramentos dos procedimentos oriundos do processo civil e apresentou o ordenamento jurídico com um novo instituto, qual seja: o sistema dos precedentes judiciais.

Esse novo sistema foi introduzido no caótico cenário jurisprudencial brasileiro a partir do art. 926 do CPC/15 (BRASIL, 2015). Nesse artigo o legislador demonstra a preocupação de corrigir severas falhas existentes na atuação do Judiciário, em específico da necessidade de aplicação de uma mesma decisão quando diante de processo com identidade fática.

Essa inclusão tem capacidade de modificar a realidade do Poder Judiciário, se aplicado da forma correta, se considerado que atualmente é corriqueira a pouca previsibilidade das decisões judiciais. Hodiernamente, cada Tribunal de Justiça decide de uma forma diferente quanto a um mesmo tema, inexistindo, portanto, uma igualdade de tratamento aos casos idênticos.

Esse é um dos motivos pelos quais o Judiciário está abarrotado de demandas e recursos, tendo em vista que, nos moldes do exposto acima, cada jurisdicionado conta com a sorte, na esperança de que o magistrado aplique de modo coerente a lei e a interprete de acordo com o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores.

Tal fato viola, mesmo que de forma indireta, o princípio da segurança jurídica e da isonomia, haja vista que a partir de uma mesma hipótese fática incidem pronunciamentos judiciais distintos. Isso não significa dizer que o magistrado deve ser reduzido a “boca da lei” ou mero repetidor da *ratio decidendi* de um determinado Tribunal, mas busca trazer o mínimo de confiabilidade e igualdade na tutela estatal prestada aos casos semelhantes.

A metodologia utilizada para desenvolvimento deste artigo foi qualitativa, tendo utilizado a revisão bibliográfica da legislação e doutrina acerca do tema. A investigação teve como ponto de partida o planejamento das suposições das características, dentro de um conjunto axiomático e coerente, ou seja, um processo de dedução lógica a partir dos postulados iniciais.

Assim, o trabalho está dividido em três tópicos principais. No primeiro consta breves comentários acerca dos sistemas *civil* e *common law* e o conceito de Precedente Judicial, bem como sua evolução histórica na legislação pátria. No segundo tópico encontram-se os regramentos sobre as características da jurisprudência, da limitação da atuação do Magistrado e da utilização dos métodos de aplicação dos precedentes judiciais obrigatórios.

No terceiro tópico é explanado um pouco sobre o princípio constitucional da segurança jurídica e qual sua ligação com os precedentes judiciais, especialmente quanto a natureza vinculativa do *stare decisis*, os aspectos da *ratio decidendi* e a possibilidade de favorecer uma jurisprudência pacificada e coesa sobre algum tema apresentado ao Estado Juiz.

2 | BREVE PANORAMA ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Antes de introduzir o tema, é necessário tecer breves comentários acerca do civil e common law. Estes são sistemas do direito, nos quais estão estabelecidas a esquematização normativa de cada Estado. No common law a base utilizada para julgamentos aos requerimentos de tutela jurisdicional é a jurisprudência, num grande campo de aplicação de decisões judiciais anteriores. Já o civil law outorga a lei o papel de principal fonte do ordenamento jurídico. (CASTRO e GONÇALVES, 2017, pg. 10)

Nesta linha, assevera-se acerca da aproximação entre estes sistemas principalmente, em virtude da introdução de institutos que valorizam o teor normativo da jurisprudência, como por exemplo a repercussão geral e a súmula vinculante. Esse fenômeno pode ser denominado como commonlawlização do sistema brasileiro, ou ainda, em outra vertente um brazilian law (PORTO, 2006, pg. 3) (DIDIER JR, 2016, pg. 61).

Os precedentes judiciais nasceram a partir do sistema common law, em razão da sua matriz fundante, qual seja: o direito consuetudinário observado entre os Englishmen. (MARINONI, 2010. Pg. 34). A evolução desse sistema foi caracterizada pela elaboração de um direito jurisprudencial fundada sobre o costume (DAVID, 2002, pg. 437).

Todavia, estas características intrínsecas ao sistema comum law, não implicam na vedação de utilização dos precedentes judiciais em países que adotam o civil law como o Brasil. Ressalta-se que no sistema germânico (civil law) os precedentes são também utilizados, possuindo caráter orientativos, mas sem vínculo de obrigatoriedade.

A terminologia “precedente” não é exclusivamente utilizada pelo Direito. Esse termo na qualidade de adjetivo pode ser compreendido como aquilo que acontece de modo prévio, ou, na qualidade de substantivo, é a ação que permite compreender outra semelhante e posterior, ou ainda a maneira comportamental utilizada como modelo ou referência para outra situação parecida. (PEREIRA, 2012, pag. 143). Nesse sentido, Elpídio Donizetti leciona:

Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da ratio decidendi daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese sub judice sem se vincular ao julgamento anterior. No sistema anglo saxônico o juiz embasará suas decisões no direito consuetudinário. No Brasil, o juiz, prioritariamente deve aplicar o precedente com força obrigatória. Não havendo precedente ou sendo o caso de afastar o precedente invocado, em razão da distinção levada a efeito, deve-se aplicar a lei – não sem antes fazer o confronto com os princípios constitucionais. E, na hipótese de obscuridade ou lacuna da lei, deverá recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (CPC, art. 126). (DONIZETTI, pg. 10)

Aludido o conceito genérico sobre a terminologia “precedentes”, agora é devido destacar a presença destes na área jurídica. Precedentes judiciais podem ser compreendido como um pronunciamento judicial proferido diante de um caso concreto, cuja fundamentação pode ser utilizada para julgamento de casos semelhantes (DIDIER

JR., 2012, pg.385).

Neste contexto, para construção do precedente judicial é necessário que o magistrado analise e decida todos os principais temas relacionados ao caso *sub judice*. Assim, o julgado, para criar um precedente, não pode se reduzir a aplicar a letra fria da lei, sem fomentar as devidas discussões sobre a matéria (MARINONI. 2013, pg. 214).

Ressalta-se que a valorização da jurisprudência por força da adoção dos precedentes ou sumulas vinculantes não atribui maiores poderes ao magistrado. Na verdade, isso se traduz como mais uma forma de limitação a atividade criativa do julgado (THEODORO JR., 2018, pg. 836).

Neste sentido, o Código de Processo Civil positiva, no art. 489, inciso II e § 1^a, inciso VI – *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Brasil, 2015).

Nesse cenário, surge o *stare decisis*. Este decorre da seguinte expressão em latim *stare decisis et non quieta nove*. Essa expressão pode ser traduzida como “aquilo que foi decidido deve ser respeitado” (GUIMARÃES, 2012, pag. 333). Desse modo o precedente de vinculação obrigatória pode ser formulado pelos tribunais de acordo com os art. 926 e 927 do CPC. O art. 926 induz que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015). Já o art. 927 gera o dever de observância à:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Logo, é notória a preocupação do legislador em uma jurisprudência coesa, na medida em que as decisões colegiadas podem servir como base vinculante aos ulteriores julgados em casos com similitude fática. Por certo, uma das influências para positividade de tal norma, foi o sentimento de injustiça advindo dos jurisdicionados da justiça brasileira. Isso é oriunda da corriqueira atuação jurisdicional, na qual casos idênticos são julgados em disparidade.

3 I UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Ab initio é preciso destacar o conceito de jurisprudência. Esta é uma das fontes interpretativa da lei, sendo definido como o conjunto de reiteradas decisões judiciais prolatadas em um mesmo sentido. (FERRAZ JR. 2018, pg. 256).

Nesse contexto, o CPC/15, no art. 926 induz que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Da simples leitura do mencionado artigo é possível perceber que o legislador de 2015 estabeleceu obrigações aos magistrados. No que diz respeito a jurisprudência. Estabeleceu, portanto, a obrigação de manter a jurisprudência íntegra, estável e coerente.

Ademais, é válido esclarecer que:

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem a o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*. (ABBOUD e STRECK, 2016, pg. 177).

Essa obrigação entabulada acima decorre de uma série de normas constitucionais dentre as quais destacam-se o dever de motivação; princípio do contraditório, da igualdade e segurança jurídica (DIDIER JR. 2016, pg. 384). Desse modo, é necessário tecer breves comentários acerca das mencionadas obrigações arroladas anteriormente.

3.1 OBRIGAÇÕES DE UNIFORMIZAR A JURISPRUDÊNCIA

O parágrafo primeiro do artigo 926 estabelece que:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

O referido artigo expõe algumas formas pelas quais os tribunais podem uniformizar

os seus julgados, em específico, através da edição de enunciados sumulares sobre a jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Porém, para cumprimento desta obrigação, o CPC estabelece que está condicionado ao cumprimento do parágrafo segundo do mesmo artigo. Este positiva: 926, § 2º “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Note-se que, as súmulas, neste contexto, não podem/devem ser abstratas, sem a indicação da hipótese fática, uma vez que o próprio CPC estabelece que cada tribunal deve ficar adstrito às circunstâncias fáticas apresentadas no precedente judicial.

Assim, essa obrigação induz à necessidade de que os tribunais corrijam suas divergências internas entre os órgãos fracionados sobre a mesma questão jurídica. (DIDIER JR., 2016, pg. 384). Isso tem a capacidade de resolver o problema histórico dos enunciados das súmulas criadas de forma abstrata sem referência aos precedentes, que levaram à sua conformação (ZANETI JR., 2014, pg. 380.)

Portanto, os tribunais de justiça brasileiros não podem ser omissos quanto às suas respectivas divergências internas. Para tanto, estes devem editar súmulas, especificando o quadro fático e a *ratio decidendi* que deve ser aplicada.

Em virtude da adoção destes fatores, resta um claro favorecimento da unicidade jurisprudencial, da medida em que os tribunais vincularão as decisões, dos seus respectivos magistrados, a uma *ratio decidendi* sumulada, desde que obedecida a hierarquia entre os tribunais. Salienta-se ainda o *distinguishing* e *overruling* são modos de superação dos precedentes previamente estabelecidos e que também podem ser adotados pelos Tribunais sempre que os aspectos sociais, políticos e/ou econômicos levarem à mudança do paradigma.

Como efeito direto do exposto, concretiza-se o exposto no artigo 926 do código de ritos de 2015. A seguir, breves anotações acerca da coerência, integridade, coesão e da estabilidade da jurisprudência.

3.1.1. Estabilidade da jurisprudência

Estabilidade pode ser compreendida como solidez e segurança; permanência ou duração. Nesta toada, urge a importância da técnica de superação de uma determinada precedente, qual seja o *overruling* ou o *distinguishing*. Esse é traduzido como a técnica utilizada para analisar a existência de identidade do caso *sub judice* e do paradigma. Já o *overruling* consiste no método de aferição da superação de um determinado *ratio decidendi*. (NUNES e HORTA, 2016, pg.310)

Dentro destes aspectos comenta-se acerca do princípio da inércia argumentativa. Este pode ser compreendido como a necessidade de demonstrar de forma precisa o porquê um determinado precedente judicial não deve ser aplicado. Através deste, há o rigor da forte carga argumentativa para afastar. Por meio do *distinguishing* ou *overruling*, a aplicação de um determinado precedente. Nesta hipótese é exigida a

fundamentação existente nos quadros de incidência do *stare decisis* é nula, mas pode ser traduzida como a inegável diminuição da carga argumentativa e da indicação dos fatores determinantes que possibilitam sua incidência (DIDIER JR., 2016, 387).

Ademais, a inércia argumentativa é uma norma extraída do art.489, §1º, incisos v e vi do CPC/15. Mas também está implicitamente previsto na constituição, na medida em que:

(...) garante a igualdade de tratamento para casos afins (art. 5º, caput, CF); ii) de motivação adequada tanto para decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e iii) de contraditório, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meio de impugnações cabíveis” (DIDIER JR., 2016, pg. 386).

Outrossim, o Fórum Permanente De Processualistas Cíveis (reunião semestral de juristas brasileiros, sem caráter vinculativo) aprovou o seguinte enunciado nº 316 “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Esse mesmo fórum traz ainda que:

314. (arts. 926 e 927, I e V). As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal. (Grupo: Precedentes)

315. (art. 927). Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes. (Grupo: Precedentes)

317. (art. 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. (Grupo: Precedentes)

318. (art. 927). Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante. (Grupo: Precedentes)

319. (art. 927). Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante. (Grupo: Precedentes)

320. (art. 927). Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros. (Grupo: Precedentes)

321. (art. 927, § 4º). A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal. (Grupo: Precedentes)

322. (art. 927, §4º). A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. (Grupo: Precedentes)

323. (arts. 926 e 927). A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. (Grupo: Precedentes)

324. (art. 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto. (Grupo: Precedentes) (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, pg. 44).

Logo, para promoção de uma jurisprudência estável é preciso que todos os órgãos judiciais vinculados ao tribunal que criou o precedente, ou ainda, que os tribunais hierarquicamente inferiores devem aplicar o *stare decisis*, quando diante de um processo com semelhanças fáticas ao do precedente.

3.1.2. Coerência da jurisprudência

O termo coerência pode ser compreendido como a característica daquilo que tem lógica e coesão, o que perfaz um conjunto de ideias com nexos e uniformidade. Para que algo tenha coerência, é preciso apresentar uma sequência que dê um sentido geral e lógico ao receptor, de forma que não haja contradições ou dúvidas acerca do assunto. (FERREIRA, 2010)

No âmbito jurídico, esta pode ser visualizada quanto à duas óticas distintas, quais sejam: a dimensão forma e a substancial. A coerência formal preceitua um dever de não contradição. Já a coerência substancial se traduz no sentido de conexão positiva de sentidos (AVILA, 2011, pg. 140).

A coerência produz efeitos nas esferas internas e externas, os tribunais têm por obrigação manter o desenvolvimento evolutivo da jurisprudência em consenso com suas próprias decisões anteriores. O efeito interno diz respeito à congruência na elaboração dos fundamentos dos precedentes (DIDIER, 2016, 391).

Existem alguns critérios para aferição dessa coerência. São estes i) a conformidade com o repertório conceitual da teoria geral do Direito e da dogmática jurídica; ii) Recondição a uma mesma norma superior; iii) conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão.

A conformidade com o repertório conceitual se revela como uma solução jurídica bloqueadora, posto que a resposta jurídica apontada para cada situação só será aceita se estiver em consonância com os conceitos fornecidos pela teoria geral do direito e da dogmática jurídica (FERRAZ JR. 1980, pg. 62).

A recondição à uma norma superior é traduzida como a necessidade de sintonia/harmonia com o conjunto normativo o qual o precedente integra. Isto é fomentar a uma congruência argumentativa, entre as normas precedentes. (DIDIER JR., 2016, pg. 393). A conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão decorre da necessidade de cada precedente. (DIDIER, 2016, pg. 394).

3.1.3. A integridade da jurisprudência

A integridade remonta a ideia de unidade do direito por isso a decisão judicial deve estar pautada de acordo com o ordenamento, como um complexo de normas a serem analisados, como por exemplo as constitucionais, legais, administrativas e negociais. (BORGES, 1996, pg. 91).

Além disto, tem-se o dever de respeitar a hierarquia constitucional, ou seja, toda e qualquer decisão deve estar de acordo com os ditames constitucionais vigentes à época da produção da decisão. Isto porque, a constituição é a norma fundamental do sistema jurídico, isto impõe uma obrigatoriedade de observância por todos os poderes da União, notadamente o poder legislativo poder executivo e poder judiciário, (SILVA, 2017, pg. 40).

Ademais, é preciso compreender o direito como um sistema, de modo que passa “a exigir do interprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidades” (ÁVILA, 2011, pg. 136). Todos os pontos acima expostos, devem estar demonstrados no bojo fomentativo do precedente qual deve obrigatoriamente enfrentar todos os possíveis argumentos jurídicos relevantes ao tema *sub judice*, conforme art. 984, §2º e 1038, §3º, ambos do CPC/15 (BRASIL, 2015).

4 | A SEGURANÇA JURÍDICA DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A desinformação da jurisprudência se revela como um desdobramento da efetivação do princípio da segurança jurídica. Este princípio não está expressamente previsto na constituição, mas pode-se observar sua incidência a partir da leitura do art. 5º, XXXVI da CF/88 (BRASIL, 1988), *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Também é possível extrair essa norma do art. 5ª inciso II, que positiva: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Bem como, do inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” e inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, ambos do artigo 5ª da CF/88 (BRASIL, 1988).

A efetivação deste princípio encontra uma maior relevância, medida em que, como ensina o Ministro José Augusto Delgado:

Os vários estamentos sociais reconhecem que na atualidade está instalado um clima de insegurança jurídica na pratica dos atos administrativos do poder executivo, nas funções exercidas pelo poder legislativo e nas decisões emitidas pelo poder judiciário. Esses acontecimentos definham a estabilidade social e afrontam diretamente os direitos da cidadania e da valorização da dignidade humana. (DELGADO, 2005 pg. 158).

O princípio da segurança jurídica também é identificado como proteção da confiança e desta forma, se traduz como princípio da confiança legítima. (POLICHUK,

2012, pg. 163). Assim, o princípio constitucional em comento se revela com certo teor de expectativa que a atuação estatal não será arbitrária, nem contraditória.

Nesse sentido, J.J Gomes Canotilho ensina:

(...) partindo da ideia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar a autônoma e de forma responsável a sua vida, desde cedo se considerou como elemento constitutivo do Estado de direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; e o princípio da confiança do cidadão.(...) Estes princípios apontam, sobretudo, para a necessidade de uma conformação formal e material dos atos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurisdicionais da legislação inerentes ao Estado de direito (CANOTILHO, 1991, pg. 375 – 376).

Assim, denota-se a íntima relação entre os princípios mencionados e a sua importância no cenário do Estado de Direito. A segurança jurídica nesse contexto é expressada como “estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta” (Marinoni, 2012, pg. 559).

Nestes moldes a segurança jurídica impõe-se através da previsibilidade das discussões judiciais. Essa previsibilidade depende da obediência a algumas condições. Esse elemento se apresenta como o acordo acerca da qualidade da situação em que se insere a ação capaz de produzi-la e da possibilidade de com pressão em termos jurídicos e da confiabilidade naqueles que detém o poder para afirma-las (MARINONI, 2012, pg. 561).

No sistema *comum law*, o *stare decisis* é visto como o meio através do qual atribui-se segurança as relações sociais, em virtude da necessidade da certeza do direito. (PONTES, 2012, pg. 183). Patente, portanto, a preocupação em oferecer aos cidadãos uma perspectiva mínima acerca do direito aplicável ao caso. Isso promove, do ponto de vista objetivo, a estabilidade. Isto é o dever de manter a ordem jurídica com o mínimo de continuidade dos seus atos, para que esteja dotado de eficácia e potencialidade (MARINONI, 2012, pg. 566).

Face ao exposto, a segurança jurídica advém de um certo nível de expectativa que o cidadão atribui aos atos do Estado. Em virtude disto, a adoção do sistema de precedentes pode corrigir o sentimento de “injustiça/insegurança” que pairava na sociedade brasileira quando diante das decisões judiciais, das quais não há uniformidade de aplicação.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, é possível concluir que a adoção dos precedentes no sistema jurídico brasileiro pode acarretar uma mudança significativa no âmbito jurisprudencial, uma vez que o CPC/15 instituiu como obrigação de todo órgão judicial a vinculação ao *stare decisis*, e da necessidade de fundamentação qualificada sobre as razões fundantes da *ratio decidendi*.

Essa aproximação entre os sistemas *civil* e *common law* tem como condão promover uma maior dinamicidade e eficácia ao ordenamento jurídico, posto que os precedentes se apresentam como o condicionamento vinculativo da atividade criativa exercida pelos magistrados. Portanto, é mais um dos meios que limitam a fundamentação jurídica de um caso concreto, em virtude do dever de observância a fundamentação fornecida no paradigma.

A correta aplicação dos precedentes judiciais tem capacidade de promover a efetivação dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da confiança, tendo em vista que fornece aos casos idênticos uma mesma identidade de consequência jurídica.

Desta forma, os tribunais devem organizar os seus precedentes através de súmulas. Estas devem expor com precisão a hipótese fática e a *ratio decidendi*. Para que um magistrado se recuse a aplicar um determinado precedente judicial, este deverá utilizar o método do *distinguishing* ou *overruling* para justificar, de forma detalhada, os motivos da não observância da norma vinculativa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. **O NCPD e os precedentes – afinal, do que estamos falando?**. In (vários): Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

ATAÍDE JR, Jaldemiro. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro**. Revista processo. São Paulo: RT, 2014.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

BRASIL. Presidente da República. **Código de Processo Civil**, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 21/07/2018.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common Law no Brasil: diferenças e afinidades**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura Acesso em: 20 mar. 18.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. **Curso de Processual Civil**. 12^a ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DAVI, René. **Os grandes Sistemas do Direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELGADO, José Augusto. **O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional.** Disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf . Acessado em 15 jun. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** - 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Sistema Brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais:** uniformidade, estabilidade e coerência da jurisprudência. *In* (vários): Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código De Processo Civil.** Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472> Acessado em: 12/10/2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa.** 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados.** Disponível em: <http://civile imobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf> Acessado em 19/11/2018.

GUIMARÃES, Larissa. **Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concreto sob a perspectiva do stare decisis.** *In* (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

HORTA, André Frederico; NUNES, Dierle. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015:** Uma breve introdução. *In* (vários): Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MARIONONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade.** *In* (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente da dimensão da segurança jurídica.** *In* (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. **A 'desrazão' sem dialogo com a razão:** teses provocatórias ao STF. disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf> Acessado em: 14/11/2018.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. **Common law, judicial review e stare decisis:** uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. *In* (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

PEREIRA, Paula Pessoa. **O Estado de Direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais.** *In* (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

PEREIRA, Paula Pessoa. **O Estado de Direito e a necessidade de respeito aos precedentes judiciais**. In (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

POLICHUK, Renata. **Precedente e segurança jurídica. A previsibilidade**. In (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

PORTES, Maira. **Instrumentos para revogação de precedentes no sistema**. In (vários): Coleção A força dos precedentes Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª Ed. Juspodivm: Paraná, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2006. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>. Acesso em 30/05/2018.

Santos, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no novo CPC**. In (vários): Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito**. Tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Prefácio François Terre: revisão técnica Ari Solon. – 2ª ed. - São Paulo: Murtins Fontes, 2008.

ZANETI JR, Hermes. **Precedentes normativos formalmente vinculantes**. In (vários): Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

A TEORIA DOS PRECEDENTES E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE COM COMMON LAW E O CIVIL LAW

Martha Barreto da Silva

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uniruy- WYDEN, Salvador-Ba

Ana Paula Lima Leal

Advogada especialista em temas Trabalhistas e Processo Civil pela Ufba, Mestre em Direito Público pela Ufba, professora do Centro Universitário Uniruy-WYDEN, Salvador-Ba.

RESUMO: Este trabalho trata da força dos precedentes, e a sua influência no entendimento jurisprudencial na ordem jurídico brasileira. E, conseqüentemente, levantar os benefícios obtidos com este sistema, e como será o mecanismo de funcionamento do Poder Judiciário ao utilizar esta ferramenta. Apresentar as críticas, e como estas serão capazes de influenciar este sistema de uniformização de jurisprudência. Identificar os posicionamentos de maior relevância na construção do conhecimento, em relação ao uso dos precedentes judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Jurisprudência. Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This paper aims to present the strength of precedents and its influence on the jurisprudential understanding in Brazilian legal order. And, as consequence, to raise the

benefits obtained with this system, and how will be the mechanism of operation of the Judiciary by using this tool. To present the criticisms and how they will be able to influence this system of uniformity of jurisprudence and identify the most relevant positions in the construction of knowledge related to the use of judicial precedents.

KEYWORDS: Judicial precedents. Jurisprudence. Code of Civil Procedure.

1 | INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil(Lei 13.105/2015) a teoria dos precedentes judiciais, foi recepcionada por esse novo dispositivo, permitindo à esta concepção, o compromisso de tornar-se costumeiro o uso dos precedentes – de modo que, os Tribunais Superiores diante de uma lide bastante demandada, possa ser definido determinado entendimento sobre aquela matéria, cabendo aos tribunais inferiores seguirem o entendimento já proferido anteriormente.

A escola *Civil Law*, existente no estado Brasileiro, como também em outros estados(Itália,França, Alemanha,Espanha e Portugal), bem como nos países da América Latina, formou-se através de um mecanismo escrito, legado advindo da família romano-

germânica (em sua grande maioria oriunda do continente europeu). Uma vez que a América Latina, em suma grande maioria fora colonizada por portugueses e espanhóis.

Outra escola que possui grande bagagem na formação histórica do Brasil, é o *Common Law*, de origem anglo-saxônica, dispõe de um sistema mais complexo, em comparação ao *Civil Law*, já que este necessita o grande conhecimento acerca da lide processual, pois o magistrado irá de modo objetivo, criar o direito. E acerca deste modelo de resolução de demandas, sofre bastantes críticas, por impulsionar a hipótese de cada magistrado decidir a lide, de acordo com o seu entendimento, que nem sempre será o majoritário.

Analisando também, como foi o desenvolvimento histórico do País, desde os anos de 1822, a qual o Estado Brasileiro, era subordinado a Corte Portuguesa, que decidia como seria o desenvolvimento do país, e sistematizou o Poder Judiciário. Dentro desta perspectiva o Brasil Colônia, necessitava um Poder Judiciário para solucionar as lides que havia sido requeridas. Corroborando neste momento histórico, foi promulgada a Lei da Boa Razão em 17 de agosto de 1769 cujo intuito era reforçar a força que a Casa de Suplicação desenvolvia à época, já que o mesmo hoje seria equiparado ao Supremo Tribunal Federal.

Caminhando-se ao longo dos anos, chegou-se ao Brasil Império, com a sua devida independência promulgada em 1822, e a força desenvolvida pela Casa de Suplicação, possuindo total competência para solucionar demandas pleiteadas, e tornou-se símbolo de resistência frente a Colônia Portuguesa .

A Constituição Federal de 1988, consagrou diversos princípios basilares, dentre eles, a Segurança Jurídica, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, com três institutos de grande importância para qualquer ramo do Direito, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

2 I PRECEDENTES JUDICIAIS E JURISPRUDÊNCIA

A terminologia precedente, segundo o dicionário Aurélio¹ “precedente é o fato que antecede”. Deste modo é clara a compreensão que os precedentes, surgiram a partir de demandas em que o Poder Judiciário (juízes de 1º grau e tribunais inferiores) se manifestou por diversas vezes sobre determinado objeto demandado, sendo necessário que os Tribunais Superiores proferirem decisões que cujo objetivo é promover uma estabilidade da respectiva matéria.

O professor Marcus Seixas (2014), define precedente como um instrumento que fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou da analogia dos fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso.

O precedente é a possibilidade dos magistrados, ao proferirem as sentenças de legitimar o seu entendimento, vinculado ao entendimento dos Tribunais Superiores,

a fim de se tornar mais presente a tão questionada segurança jurídica, das decisões prolatadas.

Em contrapartida, o mesmo professor (SEIXAS,2014) afirma que a jurisprudência, por outro lado, não está atrelada ao quadro fático específico dos casos que lhe originaram. Ela consiste em uma tese jurídica advinda de uma reiterada aplicação de uma norma jurídica em determinado sentido, com pretensão de generalidade e prescrição.

A possibilidade da utilização da jurisprudência não tem a sua eficácia relacionada, a um caso jurídico, diferente do precedente que se mantém resguardado ao fato jurídico, a jurisprudência, advém, da criação da tese jurídica, e a possibilidade de ser empregada nas demandas que necessitem de força para demonstrar o direito.

3 I AS ESCOLAS DO *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

As Escolas do *Civil Law* e *Common Law* repercutem no ordenamento jurídico brasileiro, por originar entendimentos distintos que se fundem no Brasil, com a perspectiva de criação do direito brasileiro. O *Civil Law* é de origem romano-germânico, que enuncia a lei como fonte primária do direito; Por outro lado, *Common Law*, nascido na Inglaterra, perpetua o entendimento de que o direito se origina a partir da tutela de direitos coletivos e do exame de casos, de modo que reproduz o entendimento já proferido em outras decisões similares.

O conceito do *Common Law* deriva de um direito comum, que prepondera na Inglaterra e nos Estados Unidos, um direito reproduzido de forma oral, o juiz sendo um representante estatal, pois o direito já tem sua posição através de decisões repetidas reunidas formam-se uma jurisprudência, que se aplicará ao caso concreto. Enquanto o *Civil Law*, denomina-se, por ser um direito escrito, dispondo de legislações escritas, aqui o magistrado sendo a “boca da lei”, tornando algo mais comum se observar na rotina do Poder Judiciário brasileiro.

A distinção mais explícita seria talvez, o mecanismo de resolução adotado por cada sistema, de um lado, está o direito reproduzido por decisões, e outro um direito escrito e capaz de ser tocado propriamente dito.

Nas palavras de Thomas Rosa Bustamante (2016), o *Civil Law* traz a seguinte crítica: nesses sistemas não ocorre o método casuístico de interpretação dos precedentes do *Common Law*, o que gera uma desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstratização exagerada, que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogias entres os casos.

4 | EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRECEDENTES

No estado Brasileiro, a prática dos precedentes não tem seu início exclusivamente a partir da década de 90, mas, precisamente, na época que o Brasil era apenas uma colônia, e dependia totalmente de Portugal para dirimir a sua política. A legislação portuguesa era bastante exercida, e contribuiu consideravelmente com ferramentas para a construção do Direito Brasileiro, dentre elas:

4.1 Brasil Colônia: Lei da Boa Razão

A Lei da Boa Razão promulgada em 17 de agosto de 1769 confirmou a autoridade da Casa de Suplicação (o Tribunal de mais alto escalão no ordenamento jurídico da época) (SOUZA, 2014), para proferir assentos nos três casos já previstos em lei, tratando sucessivamente: a) em seu §1º, dos assentos por efeito de glosas do Chanceler (Ord. Fil., Liv. I, Tit. IV) – para os quais estabelece regime diferenciado consoante a glosa caísse sobre decisão proferida contra as Ordenações ou leis do Reino (§2º) ou sobre Direito Romano expresso (§ 3º); b) no § 4º, dos assentos por dúvida dos Desembargadores (Ord Fil., Liv. V, Tit. LVIII); e c) no § 5º da Lei dos Assentos para definição dos estilos da Casa da Suplicação (§8º da Carta Régia de 7 de junho de 1605, Regimento da Casa de Suplicação, acima citado).

A mencionada legislação possibilitou a Casa de Suplicação (SEIXAS,2014), que tivesse efetivamente a força e poder à qual foi criada, bem como elucidar os conflitos levados até este tribunal da forma em que a legislação determinasse. A Casa de Suplicação, fazendo um paradoxo com o ordenamento jurídico atual, traz a hipótese do princípio do duplo grau de jurisdição, a matéria discutida, no âmbito do primeiro grau de jurisdição, ser novamente analisada por um tribunal superior, aquele que fez a primeira análise.

4.2 Brasil Império: Mutação do Direito Português na Ordem Brasileira, para a Adequação de uma Ordem Jurídica Brasileira

Com a partida da Família Real no ano de 1821, a Casa de Suplicação, que já havia sido instalada no Brasil, começou a funcionar independentemente da Corte Portuguesa, para ser a última a proferir a decisão. E neste momento, o Brasil começou a ter suas experiências de como dirimir seus próprios conflitos, sem a interferência de um outro país, determinando quais seriam as posições a serem tomadas diante dos fatos ali apresentados.

A independência promulgada em 1822, tornou-se o marco histórico da existência de um Poder Judiciário no Brasil, extinguindo os laços entre o Brasil e Portugal. Com a primeira constituição Brasileira em vigor, foi instituído o Supremo Tribunal Federal,

que veio para substituir a Casa de Suplicação, porém havia a necessidade de firmar uma ordem jurídica brasileira, sem deixar resquícios de um país subordinado a Corte Portuguesa.

Havendo as mesmas competências da Casa de Suplicação, o Supremo Tribunal de Justiça possuía a atribuição de solucionar conflitos que foram lhe conferidos, dentre eles, “conceder, ou denegar Revisitas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar”.

4.3 Breve análise das Constituições: de 1824 até o ano de 1967

Constituição de 1824 com resquícios de um Brasil Império, e a criação de um novo Poder, denominado “Moderador”, além dos outros poderes já existentes, o legislativo, judiciário e executivo, este novo poder possui hierarquia superior aos demais poderes.

A segunda constituição datada do ano de 1891, modificou a nomenclatura de Supremo Tribunal Federal à Suprema Corte, foi excluído o quarto poder, não havendo mais hierarquia entre os poderes.

Ademais, no de 1934 uma nova Constituição, com uma força “varguista”, surgindo a criação de dois membros ao Poder Judiciário, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho.

A quarta constituição de 1937 ainda dispendo da força “varguista”, foram fechados os Poderes Legislativo e Judiciário, passando a competência destes poderes ao Executivo.

No ano de 1946 veio a quinta de constituição, retomando as características da constituição de 1937, de cunho democrático, restabelecendo o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

E por fim a sexta constituição de 1967 instituída no meio de um regime militar, sendo publicado diversos Atos Institucionais(AI's), determinando no seu primeiro ato o fechamento do Congresso Nacional. Dando ao Ministério característica de membro do Poder Judiciário.

4.4 A Constituição Federal de 1988 e o seu devido posicionamento acerca dos Precedentes Judiciais

Com a devida promulgação da Constituição Federal, que possuía um cunho de “Constituição Cidadã”, ela propôs inúmeras legislações, bem como delimitou a função de cada órgão do Poder Judiciário, e seus devidos auxiliares. Permitindo também mecanismos de soluções de demandas repetitivas, à qual se buscava através do Poder Judiciário, a devida resolução.

A doutrina brasileira, especificamente o Professor Tucci (2016), possui o seguinte entendimento, acerca do papel dos tribunais superiores, como meio de uniformização

da jurisprudência, diante um país que possui mais de 50 tribunais de segundo grau:

“os nossos tribunais superiores passaram a desempenhar papel relevantíssimo, por duas diferentes razões. Em primeiro lugar, pela necessidade de uniformizar a jurisprudência, diante das incertezas e divergências de julgados, que conspiram contra a segurança jurídica (...) Em segundo lugar, pela “nova” tarefa, que passa também a ser carreada ao Judiciário e que coloca em destaque nos noticiários, referentes aos julgados sobre crimes de viés político”.

Muito se discute a importância dos precedentes judiciais, como meio de alcance da segurança jurídica incorporada em uma decisão judicial, que não se limita a ter efeitos somente aos que litigam naquele instante - como também nas demais partes que necessitarão em algum momento buscar a força judicial para dirimir os seus conflitos. Em consequência disso, a frequência em que essas demandas chegam ao Poder Judiciário, precisamente ao juiz do primeiro grau, são inúmeras, sendo de sua competência, dizer o direito a quem lhe assiste.

Em contra partida, a Legislação de cada Tribunal, define o meio de distribuição das ações que pretendem ter a sua demanda suprimida. Destarte este processo poderá ter a sua solicitação alcançada, ou também poderá não ser alcançada, já que o ordenamento jurídico brasileiro, possui o princípio do livre convencimento do magistrado.

Neste momento, a parte vencida continuará litigando o seu direito perante ao Poder Judiciário, mas deixando de ser naquele juízo *ad quo*, deslocando-se para o juízo *ad quem*, sendo lhe dado a aptidão para promover o deslinde do feito.

5 | OS PRECEDENTES A PARTIR DA DÉCADA DE 1990

No Brasil, a Lei 8.038/90, de modo específico no artigo 38, definiu as normas dos Recursos Extraordinário e Especial, determinando que o relator poderá decidir monocraticamente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, diante do pedido ou recurso manifestamente intempestivo. Ou seja, a lei supra foi a precursora, para que os precedentes judiciais começassem a tomar forma jurisprudencialmente, permitindo então, que a matéria discutida na lide fosse feita a partir de uma análise prévia nos tribunais inferiores, à estes determinar a possibilidade de haver um novo reexame das demandas.

Neste contexto histórico, três anos depois da lei 8.038/90, o legislador edita a Emenda Constitucional nº 03/1993 que introduziu o parágrafo segundo no artigo 102 da Constituição Federal de 1988, definindo a competência do Supremo Tribunal Federal para decidir e atribuir força vinculante à decisão proferida em Ação Declaratória de Constitucionalidade— sendo considerada um dos maiores símbolos da força normativa em relação a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

Contudo, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que reformou o Poder Judiciário, e trouxe neste contexto os precedentes judiciais, a partir das súmulas vinculantes

(determinando a competência para editá-las exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal), trouxe repercussão geral nas questões submetidas no Recurso Extraordinário (artigo 102 parágrafo terceiro da Constituição); ou seja, toda vez que houver uma decisão contrária a uma súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, é passível de um Recurso Extraordinário.

O artigo 481 parágrafo único do Código de Processo Civil de 1973, sofreu alteração com a lei nº 9.756 de dezembro de 1998, dando a competência aos Tribunais Inferiores, o poder de realizar-se o juízo de admissibilidade acerca das questões de inconstitucionalidade, deste modo, não podendo os recursos ser analisados por uma instância superior, quando esta já tiver proferindo seu entendimento sobre determinada matéria. No mesmo sentido o artigo 557 do código supracitado, foi alterado pela lei nº 9.756, permitindo ao relator negar o seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, por razões de conflitos com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

O artigo 475 parágrafo terceiro do Código de Processo Civil de 1973, venho confirmando mais uma vez que a sentença que foi fundamentada sobre o entendimento do Tribunais Superiores, não será possível ser feita uma nova análise.

Em 2006 a lei nº 11.277 de fevereiro de 2006 instituindo o artigo 285- A no Código de Processo Civil de 1973 , com o seguinte propósito, da dispensa de uma nova sentença, quando aquela juízo já houver se manifestado por diversas vezes no sentido à qual foi julgada anteriormente. Corroborando neste mesmo sentido o artigo 518 parágrafo primeiro, foi renumerado com a seguinte redação :

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

O Novo Código de Processo Civil 2015 trouxe no seu rol de artigos, quatro dispositivos específicos sobre os precedentes judiciais (artigos 332, 926, 927, 988), demonstrando de forma contundente o avanço dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, não se limitando apenas no antigo Código de Processo Civil, cujo objeto é propiciar a celeridade processual, tão buscada entre os litigantes. Sempre com a temática, de demandas que já possuem entendimentos consolidados, seja feito o juízo de admissibilidade, declarando a improcedência do pedido de nova análise.

5.1 O ativismo Judicial pertinente ao Precedentes Judiciais

A Lei Orgânica da Magistratura determina o dever do magistrado, em decidir sobre demandas que lhe forem solicitadas. Também é de sua competência que suas decisões sejam fundamentadas, em razão do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Constitucional prevista no artigo 93 inciso IX da Constituição

Federal de 1988.

O ativismo judicial, bastante discutido, dentro da comunidade jurídica, que hoje se debruça diante de um novo Código de Processo Civil, que fornece elementos jurídicos aos magistrados para exercer o tão comentado ativismo judicial, que nada mais é, do poder desempenhado pelo juiz ao desenvolver a interpretação mais adequada ao caso concreto, diante da Constituição. Nesta mesma vertente o Professor Luís Roberto Barroso (p.3, 2008) ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.

A Professora Teresa Arruda Alvim Wambier (2016), tem um capítulo em seu artigo sobre quando o juiz pode ser criativo, e ela explica que, o magistrado estiver em um ambiente decisional poderá sim, como também a jurisprudência, permitir a transformação das regras de direito material.

5.2 Os projetos de Lei sobre os precedentes judiciais

Os debates sobre um novo Código de Processo Civil iniciou no de 2009, sendo apresentado em 2010 um Anteprojeto de Código de Processo Civil, um trabalho desenvolvido por diversos juristas em conjunto com o Poder Legislativo.

Os precedentes no Anteprojeto do Código de Processo Civil, estipulou alguns incisos de grande importância, elencados pelo professor Lucas Buril de Mâcedo em sua obra “A Disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro”:

- I- Os tribunais deveriam, sempre que possível, editar enunciado de súmula;
- II- os órgãos menores deveriam seguir o entendimento dos mais amplos;
- III- a jurisprudência pacificada do tribunal deveria ser seguida por qualquer órgão a ele vinculado;
- IV- vinculatoriedade da jurisprudência do STF e dos tribunais superiores;
- V- modulação de efeitos da modificação de jurisprudência;

No Senado Federal referente aos Precedentes Judiciais, tramitou o Projeto de Lei 166/2010, que tinha o seguinte propósito, que os tribunais velarão pela uniformização da e estabilidade da jurisprudência.

Já na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 8.046/2010, durou cerca de três anos, havendo sido realizadas mais de 100 audiências públicas e discussões nos estados. Sendo criado aqui um capítulo exclusivo sobre os Precedentes Judiciais, no Código de Processo Civil, sendo alocado, no capítulo XV, do Título I, Do procedimento comum.

Deste modo, propiciando o aumento na veiculação da força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, sendo definidos os seguintes artigos 520, 521 e 522 na Câmara dos Deputados, em sua versão final. O seu texto era baseado no dever de

uniformidade, estabilidade, integridade e coerência.

E no último caminho a ser percorrido foi a Lei 13.105 de março de 2015, também conhecida como Código de Processo Civil, o qual não se

6 | CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NO ÂMBITO DOS PRECEDENTE JUDICIAIS

Nas palavras de Hermes Zanetti (2016), o sistema jurídico brasileiro convive com um paradoxo metodológico: a necessidade de compatibilizar uma tradição constitucional extremamente influenciada pelo direito norte-americano (*common law*) e uma tradição infraconstitucional sustentada por influências oriundas da Europa continental (*civil law*).

Para a elaboração de um precedente, é preciso anteriormente analisar, em sua totalidade, o que cerca aquele instituto, bem como os seus entendimentos pronunciados acerca do feito. Deste modo, a força atribuída aos precedentes, remete ao art. 93, IX da Constituição Federal de 1988. A devida fundamentação nas decisões proferidas pelos magistrados.

Quando o juiz decidir acerca de determinada matéria não deverá atentar-se exclusivamente sobre aquela causa em si, mas também tudo que o lhe cerca, diante da possibilidade de haver decisões que sigam entendimentos diversos daquele que lhe tem. Cabendo este aplicar o direito mais verossímil, de certo modo, àquela determinada demanda em espécie.

A importância acerca dos precedentes e sua força vinculante sobre as demais decisões, vem propiciando aos operadores do direito, nas palavras de Thomas R. Bustamante, um mecanismo rigoroso de delimitação da *ratio decidendi* e à sua clara diferenciação dos elementos que figuram apenas como *obiter dictum* na decisão judicial.

Quanto ao elemento conhecido como “*distiguishing*”, é a hipótese da distinção dos casos, através uma lógica argumentativa, utilizando a força normativa dos princípios, e continuar a propiciando uma justiça, pautada na segurança jurídica.

A criação de um precedente é um longo procedimento, de pesquisas e buscas constantes, de novos entendimentos, não apenas do direito interno, mas também com influências trazidas de outros países, na constante mutação jurídica da pós-modernidade.

Enquanto no Código de Processo Civil de 1973 trazia os artigos na legislação, porém a força vinculante não divulgada de modo lato, não se fazendo notório no ordenamento jurídico. De modo que, com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, vem com o objetivo da valorização dos precedentes, uma aplicação constante deste mecanismo, tornando este de modo a prestação jurisdicional mais

efetiva e em decorrência disto, diminuição nas esperas dos resultados das litigâncias.

A Constituição Federal no artigo 102 enumera um rol de competência atinentes ao Supremo Tribunal Federal, porém no tocante aos precedentes judiciais, o parágrafo terceiro traz o seguinte texto:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Aliado a isto os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, define, como será realizado o juízo de admissibilidade realizado pelos Tribunais Inferiores, sendo feita a primeira análise da lide, se há a possibilidade de um novo julgamento por parte dos Tribunais Superiores, conforme disposto nos referidos artigos:

Art. 926 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5o Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

6.1 Quanto à Eficácia dos Precedentes

Os precedentes judiciais como as súmulas vinculantes, caminham em linhas muito parecidas, haja vista o objetivo, dos precedentes judiciais, é fazer com que os Tribunais Inferiores, ao proferirem suas decisões se atente, ao posicionamento majoritário dos Tribunais Superiores.

O doutrinador LOURENÇO(2012) definiu alguns efeitos para vinculação dos precedentes dentre eles: o efeito persuasivo, é a capacidade de vincular o seu entendimento ao magistrado. A exemplo do dispositivo no Código de Processo Civil de 1973, que trouxe em seu rol de artigos, 285-A, do incidente previsto no artigo 476 a 479, dos embargos de divergência (art. 546), como também, no recurso especial previsto (art. 105, III, “c” da Constituição Federal de 1988). O outro efeito impeditivo é a revisão das decisões que dispõe de precedentes à serem observados no momento da admissibilidade recursal (art. 518 §1o do CPC/73)⁴², impedir o reexame necessário (art. 475 §3o do CPC/73), impedir a revisão da matéria recursal, como se extrai do art. 557 do CPC/73; e, por fim o efeito vinculante, que possui a mesma natureza da súmula vinculante editada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal (conforme o artigo 103- A da Constituição Federal).

CONCLUSÃO

A força dos precedentes não se limita apenas possibilitar a estabilização de determinado objeto da lide, mas também possui eficácia sobre os princípios previstos na Carta Magna. Desta forma, se faz pensar que a Teoria dos Precedentes não é algo tão contemporâneo, sendo apenas renovada a sua força através de um Novo Código.

É importante ter o conhecimento, de que os precedentes existem, desde o Brasil Colônia, passando pelo Brasil Império, até chegar aos dias atuais. Os precedentes judiciais perduram há quase dois séculos, de grande força normativa e jurisprudencial. Trazendo ao cotidiano jurídico novas possibilidades de interpretação acerca da matéria.

Uma vez que o objetivo principal dos precedentes não é transformar aquela

matéria imutável — permitir apenas que aquele objetivo litigado por diversas partes de modo similar, possua um entendimento já definido pela ultima ratio brasileira (o Supremo Tribunal Federal); permitindo a efetividade jurisdicional de força adequada. Sendo possível haver o diálogo, toda vez que determinada matéria sofra mutação jurisprudencial, e seja necessário a reexame da matéria discutida.

A doutrina atualmente, questiona bastante a ausência de uma teoria dos precedentes, uma vez que, os precedentes judiciais, têm um longo percurso, no ordenamento jurídico brasileiro, pois o Projeto de Lei no 166/10 prosseguiu no Senado Federal, sendo explícito os motivos de uma Teoria dos Precedentes Judiciais, tendo a força vinculante, tão buscada, por meio da segurança jurídica.

Diante dos princípios constitucionais norteadores dos precedentes judiciais (isonomia, segurança jurídica, motivação das decisões e o contraditório), pode-se extrair que o magistrado do primeiro grau, terá a necessidade, de se vincular ao entendimento dos Tribunais Superiores, acerca do tema específico, quando este já tiver sido, analisado e construído um precedente, pela capacidade de proporcionar aos litigantes, a isonomia, que é uma decisão de cunho igualitária, como também a segurança jurídica, quando houver um julgamento, e saber que não haverá a possibilidade de nenhum ato normativo posterior venha modificar aquele entendimento anteriormente adotado.

Percebe-se, perante a todos elementos apresentados, que o Precedentes Judiciais, não é uma tema Contemporâneo, não apenas no Brasil, como também nos países europeus, e países que falam a língua inglesa. Sendo necessário a difusão deste instituto sobre todo o ordenamento pátrio, para que os princípios atinentes à esta concepção sejam efetivamente cumpridos.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** / Fredie Didier Jr. - 18. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal** / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha – 14. Ed. Reform.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpidio. **A Força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. 2015.** Revista Unifacs. Salvador.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3 ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC.** Revista da AGU. 2012

MACÊDO, Lucas Buriel de . **A disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. Cap 22. Grandes Temas do Novo CPC,**

v.3, coordenador geral, Fredie Didier Jr. – 14. Ed. Reform.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitdiero.- 2.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império**. Salvador, 2014.

SOUZA. Marcus Seixas. **Os Precedentes na História do Direito Processual Civil Brasileiro: Colônia e Império. Salvador, 2014.** A Casa de Suplicação era o mais graduado tribunal superior ordinário da burocracia judicial portuguesa e do Ultramar, responsável por conhecer dos recursos ordinariamente cabíveis provenientes das Relações e de outros órgãos julgadores .

TARUFFO, Michelle. “ **Precedente e Giurisprudenza**” . Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile . Milano, Vol. 61, Nº. 3, p. 709 -725, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o Ativismo Judicial-Paradoxo Apenas Aparente. Cap 12. Grandes Temas do Novo CPC, v.3, coordenador geral**, Fredie Didier Jr. – 14. Ed. Reform.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GOUVÊA. Matheus Fagundes Matos Pereira de. **O princípio do livre convencimento do juiz e sua aplicação no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/39529/o-principio-do-livre-convencimento-do-juiz-e-sua-aplicacao-no-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 20/11/2018.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/lei-organica-da-magistratura-nacional>> Acesso em 20/11/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 20/11/2018.

NOVO, Benigno Núñez. **As 7 constituições brasileiras: A evolução do direito constitucional**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/62336/as-7-constituicoes-brasileiras-a-evolucao-do-direito-constitucional>>. Acesso em 20/11/2018.

ZAIDAN, Iuri Ibrahim B. **A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais: garantia constitucional ao devido processo legal**. Disponível em <<https://iurizaidan.jusbrasil.com.br/artigos/254021015/a-obrigatoriedade-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-garantia-constitucional-ao-devido-processo-legal>>. Acesso em 20/11/2018.

UMA ANÁLISE DO *COMMON LAW* E *CIVIL LAW* E SUAS APLICAÇÕES JURÍDICAS

Beatriz Guimarães Menezes

Acadêmica do 1º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden
e-mail: beatrizguimaraesmenezes@gmail.com

Edilson dos Santos Oliveira Neto

Acadêmico do 1º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden
e-mail: edilsonneto510@gmail.com

Lara Gomes Pontes Pessoa

Acadêmica do 1º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden
e-mail: lgpontesp@gmail.com

Pedro Vieira Maciel

Acadêmica do 1º Período do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden
e-mail: pedrovieiramaciel@hotmail.com

Milke Cabral Alho

Professor Mestre do curso de Direito da Faculdade Martha Falcão Wyden
e-mail: milke.alho@fmf.edu.br

ambos sofreram influência do direito romano em sua formação, mas reagiram a esta interferência de maneira distinta. Em seguida, desenvolveu-se uma revisão bibliográfica de autores que se dedicaram aos estudos das leis e princípios que integram a área em questão, enunciando-os e citando suas aplicações como ferramenta empírica. Finalmente, conclui-se evidenciando sua importância como instrumento, entretanto, o civil law almeja a segurança por meio de leis, ao passo que, o common law a busca por meio de precedentes judiciais. Verifica-se a aproximação entre os dois sistemas, com a constante troca de informações, principalmente em razão da globalização judicial, ocorre uma influência mútua que provoca reflexos nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Formação Jurídica, Sistema jurídico.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a história do direito para compreender o atual funcionamento do sistema jurídico e dos institutos que o compõem. As tradições civil law e common law constituem os dois principais modelos jurídicos existentes, formando dois sistemas de justiça que se desenvolveram de forma distinta, em razão de sua origem histórica na sociedade. É interessante observar que

ABSTRACT: This article aims to analyze the history of law to understand the current functioning of the legal system and the institutes that comprise it. The civil law and common law traditions constitute the two main existing legal models, forming two systems of justice that have developed in a distinct way, because of their historical origin in society. It is interesting to note that both were influenced by Roman

law in their formation, but reacted to this interference in a different way. Then, a bibliographical review was developed of authors who were dedicated to the studies of the laws and principles that integrate the area in question, enunciating them and citing their applications as an empirical tool. Finally, it concludes by showing its importance as an instrument, however, civil law seeks security through laws, while common law seeks judicial precedents. The relationship between the two systems is verified, with the constant exchange of information, mainly due to judicial globalization. There is a mutual influence that provokes repercussions in the legal systems of several countries, including Brazil.

KEYWORDS: Law, Legal Training, Legal System.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo dos principais sistemas jurídicos na cultura ocidental é um ponto valioso para o indivíduo. Quando exploramos mais a fundo o propósito dos modelos jurídicos, percebemos que eles nos cercam. Abrir nossas mentes para noções jurídicas é um valor significativo.

As aplicações dos sistemas jurídicos que não apenas opera no Direito, mas também na Economia, no que afirma Friedrich Hayek, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1974, por considerar o sistema jurídico de um país como uma ferramenta econômica.

Com intensas crises pelo qual passa o judiciário brasileiro no qual nos remete a uma insegurança jurídica, refletir sobre o sistema atual no Brasil (*Civil Law*) nos permite garantir muitas explicações.

Perante o tema que conhecemos, ver-se-á o *Civil Law* e o *Common Law* com suas diferenças que não se resume apenas no nome, mas por muito outros fatores que entenderemos mais adiante. Espera-se que neste espaço o indivíduo possa compreender a realidade em meio a tantos equívocos da Ciência Jurídica. Como já dizia Aristóteles: “A base da sociedade é a justiça; o julgamento constitui a ordem da sociedade: ora o julgamento é a aplicação da justiça”.

E como objetivo final desta pesquisa, tentou-se demonstrar a tese da constante aproximação entre tais sistemas, segundo a qual eles não são antagônicos e que atualmente o que se vê na maioria dos países é a mistura de elementos e princípios de ambos os sistemas, sendo variável nestes (decorrente dos elementos histórico-culturais) o sistema dominante (algo como *Common-civil Law* ou *Civil-common Law*). Concluindo-se de tais fatos que muito provavelmente tais sistemas têm muito a ganhar quando trabalham em conjunto.

2 | BASE HISTÓRICA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Tomando por base uma análise histórica das duas Leis *Common Law* (Lei Comum) e *Civil Law* (Lei Civil), mesmo que se tenha que fazer uma abordagem perfunctória, não podemos deixar de estudar a sua origem. Partindo do pressuposto, para entendimento em que o *common law* ou “direito comum”, não foi criado como base nas leis escritas, mas sim, baseada no costume, por tal sofrendo lapidação ao longo dos tempos, visto que, nos séculos X e XI não havia território inglês, tudo era plenamente subdivididos em distritos administrativos e a defesa era realizada pelos militares em proteção a terra, isto é, as tradições e costumes para aplicação da justiça funcionando como cortes judiciais que conseqüentemente, ficou conhecido como direito popular “anglo-saxão” (DRUMMOND e CROCKETTI, 2011, p.9).

Destarte, segundo Lima Junior (2014, p.1) em seu artigo, a *Common Law* é um paradigma de direito que teve origem na Inglaterra, em 1066, no momento posterior à conquista normanda, consequência da ação normativa dos Tribunais Reais de Justiça, dando entendimento ao que trata o sistema jurídico anglo-saxônico, isto é, para Inglaterra marca o estabelecimento do poder forte, centralizado, e com vasta experiência administrativa. Portanto, a Inglaterra inseriu em quase todos os países por eles colonizados, como o Canadá,

Austrália, Estados Unidos da América, este último mesmo tendo sofrido a influência Espanhola e Francesa, manteve o *common law*, como seu modelo jurídico, com a exceção do estado da Louisiana, que tem conservado o direito baseado nas leis romanas (GALIO 2014, p.14 *apud* SOARES, 2000, p.59).

No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflitivos. Isto porque, no *common law*, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz do *common law* o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o civil *law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código. (GALIO 2014, p.14 *apud* MARINONI, 2010, p. 55-56).

Neste sentido fica evidenciado que a influência do *common law*, principalmente nos Estados Unidos, existem uma vasta produção legislativa, em que o juiz tem a função de interpretá-los, se tornando inevitável a influência recíproca entre as tradições, encontra-se marcas do direito que está baseado na lei civil de cultura romano-germânica.

Quanto ao *Civil Law* - Lei Civil, os autores Drummond e Crocetti (2011, p.4) que escreveram o artigo “*Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law*”, apresentaram que a supracitada Lei teve início com ensino do Direito Romano, tal afirmação, pode ser exemplificada pela Galio (2014, p.2), apresentando que a tradição jurídica romanogermânica tem suas origens no século XII e XIII no período do Renascimento

da Europa Ocidental, momento em que foi marcado por uma nova estruturação entre as cidades e o comércio, dando forma ao que conhecemos como o direito, ou seja, criando ordem e segurança para o desenvolvimento tão necessário, e ainda fazendo a distinção entre a igreja e o direito, e assim dando a sua independência, que perdura como a característica da civilização ocidental, o Brasil (DAVID, 2002, p.39).

De acordo com David (2002, p.43), registra na sua análise histórica, o crescimento do estudo do direito, a partir do pensamento renascentista, fazendo com que as Universidades enfatizassem o tema, iniciando pela Itália, resultando na aplicação nos tribunais europeus, isto é, fica evidenciado que o direito romano em conjunto com o direito canônico passa a fazer parte da base do direito nas universidades.

Os romanos tornaram realidade o seu direito, a partir de regras jurídicas de situações reais, realizando a sua classificação e colocando para novos casos, sendo possível notar nos dias contemporâneos, para quando falamos da jurisprudência, que se apresenta como interpretação e constitui uma atividade inovadora, baseada do entendimento. Isto posto, ressalta-se, com base no que trata Galio (2014, p.18), que o Estado Romano foi o divisor de águas, para história do direito, em que nos dias contemporâneos é apontado como marco de raciocínio judicial, para a formação das soluções jurídicas, fazendo a separação dos sistemas *civil law* e *common law*, dando resultado a um extenso trabalho intelectual, assim como exercendo papel fundamental na representação da vontade do povo, impossibilitando interpretação equivocada do que de fato é a Lei.

Chama a atenção no estudo em questão, de como ambos *civil law* e *common law* foram influenciados pelo direito romano em sua formação, contudo responderam a imiscuição de formas diferentes, visto que, os objetivos estão voltados nos dois casos para a segurança jurídica, segundo Galio (2014, p.1) “*o civil law almeja a segurança por meio de leis, ao passo que, o common law a busca por meio de precedentes judiciais*”.

Diante do exposto, fica evidente que a estrutura jurídica adotada no Brasil estão baseadas na Lei, ou seja, no *civil law* e a estrutura mais utilizada nos países de origem anglosaxônica, como nos Estados Unidos e Inglaterra, em que segue basicamente a Jurisprudência, na interpretação das normas do direito proferidas pelo Poder Judiciário *common law*, neste último também, existe a Lei, mas os casos são analisados mais comumente em situações que se assemelham. Portanto, por este motivo que se defende que ambos possuem uma relação, ao utilizarem a Lei ou a interpretação (jurisprudência).

Atualmente, verifica-se a aproximação entre os dois sistemas, com a constante troca de informações, principalmente em razão da globalização judicial, ocorre uma influência mútua que provoca reflexos nos ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil (GALIO 2014, p.1).

Quando se pensa qual seria a melhor forma de direito, muitas serão as análises e defesas, ficando certo que nos dois casos é que a justiça possa ser feita, e que as

pessoas possam ser beneficiadas por ela, seja através da *civil law* ou da *common law*, seguindo o adotado por seu país.

3 | COMMON LAW X CIVIL LAW

Os estudos realizados compara os sistemas atuais judiciais que demonstram progressivamente o seu caráter individual, no qual os países submetem medidas adaptadas aos seus interesses. Dominante no mundo atual, os sistemas *Civil Law* e *Common Law* são protagonistas em se tratando de tema jurídico. Ambos os cenários jurídicos apresentam diferenças e semelhanças na origem, ainda que influenciados pelo Direito Romano, a atuação desses métodos judiciais são bastante distintas.

3.1 COMMON LAW

Dá-se o nome de *common law*, ou direito comum, o direito que reuni sentenças judiciais anteriores para orientar o julgamento em casos análogos, o qual, nas palavras de Jorge Amaury Maia, permite uma clara segurança jurídica através de uma previsão, “*os indivíduos e entidades podem se permitir melhor ordenar suas questões e negócios*” (Apud NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 121)

No dizer de Steve H. Gifts, a *common law* não se refere em regras absolutas, rígidas e inflexíveis, oriundo da Inglaterra, consiste nos princípios fundamentados da razão, justiça e no senso comum determinado da moral social. (25 GIFTS, Steve H. Law Dictionary, Fifth edition. New York: Barron’s, 2003, p. 90).

Os conflitos resguardados do direito comum são resolvidos através de uma troca de contraditório de argumentos e provas a qual são apresentados ao juiz ou ao júri, que avaliará e aplicará a medida adequada. No que se trata de recorrer, será possibilitado a qualquer das partes para um tribunal superior. Neste sentido Winston Churchill expressa, associado à conquista da Normanda, o *Common Law* como referência jurídica ao afirmar a competência do sistema em preservar costumes para o corpo social. (CHURCHILL, Winston S. História dos povos de língua inglesa, vol. 1, Berço da Inglaterra. São Paulo: IBRASA, 2005, p. 172)

3.2 CIVIL LAW

A definição do *Civil Law*, ou do direito romano-germânico, é, principalmente, a codificação, isto é, a lei abrange regras de conduta inclinadas aos valores morais e jurídicos a fim de regulamentar as relações entre os indivíduos. (DAVID, René. Op. cit., p. 23).

O termo *Civil Law* refere-se ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental (com exceção dos países escandinavos) e por, praticamente, todos os

outros países que sofreram um processo de colonização, ou alguma outra grande influência deles – como os países da América Latina. O que todos esses países têm em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração de seus códigos, constituições e leis esparsas. É claro que cada qual recebeu grande influência também do direito local, mas é sabido que, em grande parte desses países, principalmente os que são ex-colônias, o direito local cedeu passagem, quase que integralmente, aos princípios do Direito Romano. E, por isso, a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.” (VIEIRA, Andréia Costa. 2007. p. 270)

O sistema, ainda que propenso ao direito positivo¹, admite a utilização do costume e da jurisprudência enquanto não houver legislação para o conflito. De modo geral a lei obedece a trâmites prefixados, isto é, a lei subordinada à lei anterior.

De acordo com Miguel Reale (1996), a norma legal já instituída por um órgão predeterminado, dispõe de uma objeção, ao passo que a vigência torna-se indeterminada até o advento de uma nova lei que a revogue ou, se porventura, de manifesto desuso. Não apenas os países europeus aderiram à aplicabilidade do *Civil Law*, mas, também, o Brasil se inseriu nesse estilo jurídico, o que nos atribui a analisar os conceitos e efeitos que afetam a nossa realidade.

4 | CONSEQUÊNCIAS DA CIVIL LAW

Civil Law, transliterado do inglês, ou seja, traduzido literalmente, significa Lei Cível (Civil), e têm por essência o almejo da segurança e da justiça através das leis codificadas. (Ex: Constituição brasileira, que é a base e/ou paradigma de todas as leis aplicadas no Brasil, ou seja, para uma lei ser aprovada, ela tem que ser, no mínimo, constitucional).

A origem dessa forma principalmente escrita e focada nos parâmetros éticos de cada nação ocorre no Império Romano-Germânico, entre os séculos XII e XIII, derivado da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental (inclusive França e Inglaterra) e suas colônias, pois o direito local (das áreas colonizadas) cedeu passagem quase que integralmente aos princípios dos romanos, dando ensejo à elaboração de códigos e constituições. (DAVID, 2002, p. 39).

Além disso, é o sistema jurídico mais disseminado no mundo atualmente, e teve sua sistematização no período chamado “fenômeno da codificação do direito”.

¹ “Quem determinava o direito era um poder superior, que manifestava sua vontade pela positividade das normas de conduta” - SABINO, Marco Antônio da Costa. Op. cit., fls. 51/72)

O primeiro grande triunfo do movimento de codificação foi O *Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão)*, antes dele, a França vivia casos de pluralismo jurídico que é decorrente da existência de dois ou mais sistemas jurídicos, dotados de eficácia, concomitantemente em um mesmo ambiente, estado ou nação. Essa situação de pluralismo jurídico tinha por consequência um estado de incerteza e insegurança jurídica, que se manifestava tanto no aspecto da impossibilidade de conhecimento da norma jurídica como na indeterminação de qual regra aplicar ao caso concreto e do agente que deveria aplicá-la.

Deste modo, o Sistema Jurídico do *Civil Law* caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma, supostamente solucionando, assim, os litígios, sem que haja uma necessidade premente de se estender ou restringir o alcance da lei, e sem que exista a ausência ou conflito de normas. (Netto, Menelick 2004, p. 30).

Assim, o sistema da *Civil Law*, não apenas idealizou de forma fantasiosa que o magistrado simplesmente atuaria a vontade da norma, como presumiu que o cidadão seria detentor de segurança jurídica e previsibilidade no tocante às relações sociais, originárias na segurança de ter o juiz togado como mero aplicador subserviente das leis positivadas e codificadas. Da mesma forma, é manifesto que o ideal de uma completude de leis que abarquem todos os possíveis casos concretos é um ideal deveras utópico; ante o que, visando sanar tal mazela, o Direito Brasileiro estipulou, no escopo do Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em seu Art. 4º, que:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Nota-se, todavia, que presente o paradigma do Estado Democrático de Direito, e com o Neoconstitucionalismo, o *Civil Law* sofreu tangíveis modificações, a fim de se adequar à realidade vivenciada pelas sociedades contemporâneas, mas detém ainda como marco primal, o pautar pelas normas escritas, tida como imprescindível para a Justiça, por meio da declaração judicial da lei. Dentre as modificações notadas, há a adequação ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade das leis, e a prevalência da Justiça sobre o direito caso estes se tornem conflitantes. Portanto, um aproximar da *Civil Law* para com a *Common Law*, posto que este alterar normativo e jurisdicional com base na dialeticidade de situações apresentadas ao judiciário, é uma característica deste sistema jurídico; o que infere que complementa o *Civil Law*, aperfeiçoando-o, como respeitar aos precedentes jurisdicionais que geram a jurisprudência.

5 | ADAPTAÇÃO DO COMMON LAW

A legislação brasileira não seria refeita do zero, apenas fornecida aos Estados Federativos para que esses tivessem a liberdade para adaptá-la conforme seus costumes e realidades por meio do Poder Legislativo. Em outras palavras, o novo modelo de Constituição se basearia na estado-unidense, a qual dá autonomia aos seus Estados para que elaborem leis válidas em seus territórios sem estarem submetidos a um Código Legislativo restrito ou muitas vezes defasado.

Tangente a isso, a jurisprudência seria o cerne do direito brasileiro. A lei seria um direcionamento, mas não a parte principal que limita a análise de cada caso conforme sua individualidade. Assim sendo, os precedentes vêm à baila para dar continuidade e equidade aos julgamentos (TUCCI, 2004, p. 154). As decisões judiciais precisariam se embasar em duas partes: o paradigma que fundamenta a decisão do juiz em plenitude e a explanação restante sobre a sentença, ambas chamadas de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, respectivamente (NOGUEIRA, 2011, p. 170).

Outrossim, precedentes antiquados sempre seriam reavaliados através de duas prerrogativas do Common Law: fundamentação objetiva do precedente para seu uso no caso a ser analisado, técnica do distinguishing, (SABINO, 2010, p. 65) e atualização de precedentes perante a realidade social, técnica do overruling (SABINO, 2010, p. 65). Em suma, diferente do Civil Law brasileiro, o qual impõe a todos Estados Federativos leis que não condizem com suas realidades ou até se evidenciam incondizentes com a realidade atual, o Common Law sempre se renovaria enquanto aplicado ao Brasil. Tal fato se comprova através da Constituição norte-americana, que nunca precisou ser refeita, apenas adaptada através do Poder Legislativo de cada estado ao longo dos anos.

Por fim, as decisões tomadas em primeira instância seriam cabíveis de recursos em uma última e segunda instância destinada para os diversos ramos do Direito. Ademais, o Supremo Tribunal Federal não seria mais necessário, uma vez que haveria Supremo Tribunal do Trabalho, Supremo Tribunal Desportivo, Supremo Tribunal Eleitoral e assim por diante. Em síntese, a Suprema Corte Brasileira estaria dividida em várias outras, evitando centralização judiciária e amontoamento de processos para serem julgados, além de diminuir a burocracia.

6 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, é notório que a civil law brasileira ao longo dos anos manteve, principalmente, quatro pontos questionáveis: excesso de burocracia quanto à tramitação de processos, falta de equidade dos julgamentos, desnecessária centralização judiciária em instâncias superiores e imposição de leis incondizentes com as realidades dos Estados Federativos.

Tangente a isso, traz-se à tona a afirmação do professor de Ciência Política do

Massachusetts Institute of Technology (MIT) e da Universidade de Havard, Robert Rodberg, quando em viagem ao Brasil para palestra: “O Brasil se tornou um país excessivamente burocrático. Com tantas regulações, vem a corrupção. A burocracia alimenta a corrupção.

Uma coisa está ligada a outra”. Tal posição de uma das maiores mentes mundiais sobre o aspecto governamental evidencia a necessidade de mudança do aparato jurídico brasileiro.

Ademais, conforme o professor Doutor de Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Luciano Da Ros, apenas 30 de 100 casos são plenamente julgados pelo judiciário e, outrossim, perfaz acerca da centralização judiciária: “O nosso sistema processual apresenta uma série de procedimentos repetitivos que, na prática, tornam nossos juízes meros pareceristas para as decisões finais que somente virão dos tribunais superiores. O STF, por exemplo, decide mais casos por ano do que qualquer Suprema Corte ou Tribunal Constitucional no mundo, e a sua relutância em abrir mão de diversos desses casos contribui diretamente para a demora.”

Junto disso, a falta de igualdade perante a lei não é somente notória no quesito de processos não julgados, como também no fato de autoridades políticas possuírem o chamado foro privilegiado, o qual, em tese, seria necessário para manter a autonomia de expressão do parlamentar em seu trabalho, mas na prática funciona como subterfúgio para diversos delitos. Nesse aspecto, o juiz federal Sérgio Moro em seu artigo “Considerações Sobre A

Operação *Mani Pulite*” afirma: “Destaque também negativo merece a concessão, por lei, de foro especial a determinadas autoridades públicas, como deputados e ministros, a pretexto de protegê-los durante o exercício do cargo.”

Outrossim, a imposição de um Código Legislativo para diversos territórios com realidades e costumes diferentes dentro de um mesmo país através de leis que uma vez defasadas demandam excessivo tempo para exclusão ou revisão, soma-se isso como fator de agravo para o sistema judicial brasileiro atual como já ressaltado anteriormente; fazendo valer, novamente, o posicionamento favorável de Winston Churchill sobre a aplicação da *Common Law* com o intuito de se manter a ordem na sociedade e a melhor administração estatal.

Destarte, diante do abordado acerca das diretrizes que possibilitam a atualização (*distinguishing* e *overruling*) e a devida fundamentação (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) da *Common Law* perante à conjectura jurídica aplicada, bem como todas as consequências trazidas pela *Civil Law* até o presente momento, perfaz-se primordial sua implementação através da permissão aos Estados Federativos para adaptarem a legislação brasileira por meio de seus respectivos Poderes Legislativos. Adendo a isso, a dissolução do Supremo Tribunal Federal em Supremas Cortes específicas para cada ramo do Direito Brasileiro com autonomia de serem a segunda e última instância quanto à possíveis acórdãos. Por conseqüente, há de se ter o Direito Brasileiro pautado pela jurisprudência com sua tramitação dinâmica e condizente com

a devida prerrogativa do ordenamento jurídico de servir e julgar igualmente a todos os indivíduos pertencentes a mesmo sistema social.

REFERÊNCIAS

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. **Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectiva de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-042011-a-30-06-2011/124-formacao-historico-aspectos-do-desenvolvimento-e-perspectiva-deconvergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law>>. Acesso em: 7 mar 2018.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: A influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). História do Direito II. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 233-255.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. **Formação histórica e caracteres essenciais do sistema jurídico anglo-saxônico**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29419>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

NETTO, Menelick de Carvalho. Breves considerações teóricas sobre os paradigmas do Estado liberal, do Estado social e do Estado democrático de direito (2004 p.4)

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAUL G. Mahoney, The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, The Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 2, 503, 504 (June 2001).

ROSS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. 2015.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil n. 85, abril 2010, fls. 51/72.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte de direito. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

SENADO FEDERAL: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS DO FEDERALISMO NORTEAMERICANO

Antônia Jéssica Santiago Mesquita

Programa de Pós-Graduação em Direito e
Processo Constitucionais, Universidade de
Fortaleza, Fortaleza-CE

RESUMO: O objeto do presente estudo será analisar as contribuições do federalismo americano junto ao Poder Legislativo, na instituição política do Senado em contraste com o brasileiro, tendo como principal referência dos artigos federalistas reunidos na obra “O Federalista” publicada entre os anos de 1787 e 1788, ressaltando as semelhanças e diferenças que levaram o Brasil a se tornar uma federação denominada por muitos autores de *sui generis*.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Poder Legislativo. Senado Federal.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the contributions of American federalism to the Legislative Power, in the political institution of the Senate in contrast to the Brazilian, having as main reference the federalist articles gathered in the work “The Federalist” published between the years 1787 and 1788, highlighting the similarities and differences that led Brazil to become a federation named by many *sui generis* authors.

KEYWORDS: Federalism. Legislative power. Federal Senate.

1 | INTRODUÇÃO

A forma federativa de Estado é atribuída seu surgimento a Constituição norte-americana de 1787. Antes disso, em 1776, as 13 colônias britânicas proclamaram a sua independência, passando a se intitular como um novo Estado, dotados de soberania, independência e liberdades plenas. A fim de protegerem seus interesses os Estados resolveram adotar um tratado internacional denominado Artigos de Confederação, no qual estavam pactuados formas de colaboração entre os Estados com o objetivo de protegerem seus territórios de constantes ameaças da antiga metrópole inglesa. Esse pacto confederativo não logrou êxito, pois eram constantes as ameaças e ataques britânicos.

Em busca de solução desses problemas os Estados confederados se reuniram na cidade de Filadélfia, para estruturarem o modelo de Federação norte-americana. Cada Estado teve que ceder parcela de sua soberania para um órgão central, que estava responsável para unificar e centralizar os poderes dos Estados, que passaram a ter autonomia entre si dentro do pacto federativo.

O federalismo americano influenciou

o Brasil, que depois da proclamação da República Federativa, em 15 de novembro de 1889, adotou a forma federativa de Estado, consagrando-o em sua Constituição Republicana de 1891, na qual adotou um modelo rígido e dualista na repartição das competências. A grande contribuição do federalismo norte-americano foi na parte relativa à organização funcionamento da federação brasileira.

Como forma de estado a federação tem vários traços característicos no qual se destacam: a descentralização política, a autonomia dos entes federativos, indissolubilidade do vínculo que une os entes federativos, negando-lhes o direito de secessão, existência do bicameralismo no Poder Legislativo federal, rigidez constitucional e existência de um Poder Judiciário.

2 | METODOLOGIA

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, buscando explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, artigos, publicações especializadas e dados oficiais publicados na Internet, que abordem o tema em estudo. Quanto à utilização e abordagem dos resultados será pura, visto ser realizada com o fim de ampliação dos conhecimentos, sem transformação da realidade. Quanto aos objetivos, a pesquisa será descritiva, posto que pretenda descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado. É exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A federação tal como conhecemos hoje teve sua origem nos Estados Unidos. No Brasil, o federalismo foi implantado com a constituição de 1891, tendo como influência a constituição americana de 1787. Desde então, o Brasil teve várias constituições e em todas elas o sistema de governo adotado foi à federação, porém em dois momentos, Estado Novo de Getúlio Vargas e no Regime Militar, tivemos o federalismo de fachada, visto que a harmonia entre os três poderes foi quebrada prevalecendo uma grande quantidade de poder junto ao governo central.

A redemocratização trouxe de volta o federalismo para o Brasil, principalmente depois da promulgação da constituição de 1988, que ampliou as competências dos Estados-membros e ainda criou um novo ente federativo até então inexistente em outras federações denominado Município e concedeu autonomia ao Distrito Federal semelhante àquela adotada para os Estados e Municípios. Além disso, procurou trazer de volta o equilíbrio e a independência entre os poderes, como estabelece o art. 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

E no intuito trazer ainda mais segurança a ordem jurídica do Estado, estabeleceu

por meio de uma constituição rígida, como cláusulas pétreas tanto a forma federativa de Estado, quanto à separação de poderes, traço característico do federalismo, como afirma Paulo Gustavo Gonet (2014, p.799): “Sustenta-se, ainda, que a Constituição Federal deve ser rígida e que o princípio federalista deve ser cláusula pétrea, para prevenir que a União possa transformar a Federação em Estado unitário”.

Segundo Fernando Papaterra Limongi, em “o Federalista”: remédios republicanos para males republicanos (Weffort, 2011, p.251), a adoção do princípio da separação dos poderes justifica-se como forma de evitar a tirania, onde todos os poderes se concentram nas mesmas mãos. Os diferentes ramos de poderes precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente.

E ainda como forma de evitar que um poder se sobrepusesse em relação ao outro a doutrina americana desenvolveu um mecanismo de controle entre eles, denominado de sistema freios e contrapesos. Sobre o assunto discorre Alexandrino (2014, p.446):

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, por meio do estabelecimento de controles recíprocos, isto é, mediante a previsão de interferências legítimas de um poder sobre outro, nos limites admitidos na Constituição. Não se trata de subordinação de um poder a outro, mas, sim, de mecanismos limitadores específicos impostos pela própria Constituição, de forma a propiciar o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um poder em detrimento do outro.

O Poder Legislativo teve suas origens calcadas na Idade Média, tendo surgido com a finalidade de limitar o poder conferido aos Reis. Inicialmente o Poder Legislativo era unicameral, porém observou-se que em composição única esse poder estava mais suscetível à corrupção de seus membros e dentre as muitas contribuições trazidas pelos federalistas: Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, destaca-se a defesa do sistema bicameral para o Poder Legislativo, onde a manifestação do poder se dá através da junção da vontade de duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado.

Quanto à formação da Câmara dos Deputados e do Senado esclareceu Hamilton (O Federalista, nº57, apud LIMONGI, 2004, p 280) que:

A Câmara dos Deputados é o lugar onde os cidadãos se fazem representar e o Senado é onde os Estados tem voz igual, para discutir assuntos de interesse da federação. Isso garante a proporcionalidade e a igualdade e ainda possibilita um controle interno do mais poderoso dos três poderes da União.

O sistema bicameral defendido pelos federalistas opta por não separar classes sociais como fazia a Inglaterra (Câmara dos Lordes) ou a França (Conselho dos Anciãos), garantindo o equilíbrio de forças entre os Estados. Conforme a visão federalista os membros da Câmara dos Deputados continuariam a ser eleitos pelo povo e de acordo com a população de cada Estado, enquanto o Senado teria o mesmo número de representantes por Estado, independente da extensão territorial de cada um, evitando que Estados maiores tivessem vantagem sobre os menores. Atualmente,

o Senado americano é uma das instituições políticas mais sólidas e influentes do mundo moderno.

No Brasil, o equilíbrio de forças entre os Estados também é um dos objetivos do bicameralismo aqui praticado, entretanto o Senado brasileiro não se limita apenas a questões atinentes aos Estados, visto que os Senadores interferem no processo legislativo em geral, em evidente violação do equilíbrio federativo. Assim observa Gonet (2014, p.800):

Observa-se, entretanto, um afastamento das câmaras altas dos Estados federais dessa primitiva intenção motivadora da sua criação. Na medida em que os partidos, que são nacionais, galvanizam os interesses políticos, passam a deixar em segundo plano, também, os interesses meramente regionais, em favor de uma orientação nacional sobretudo partidária.

Segundo Hamilton (2003, n.62, p.372) a organização do Senado deveria passar pela análise de cinco características:

Cinco são os objetos que relativamente a esse membro do Governo Federal merecem exame particular:

- I - as condições para que possa ter lugar a qualidade de Senador;
- II - a nomeação dos senadores pelas legislaturas dos Estados;
- III - a igualdade de representação no Senado;
- IV - o número dos senadores e a duração das suas funções;
- V - os poderes confiados ao Senado

A primeira condição se refere à idade mínima e o tempo de cidadão, no caso de estrangeiros, para exercer o cargo de Senador, que para os federalistas era de 30 (trinta) anos de idade no primeiro caso e 9 (nove) anos de cidadão para o estrangeiro. Essa exigência se justificava pela natureza das funções dos senadores que exigem mais instrução e mais estabilidade de caráter, assim afirma Hamilton (2003, n. 64, p. 389):

(...) fazem com que só possam ser escolhidos aqueles de que o povo já teve tempo de formar juízo seguro e a respeito dos quais não pode enganar-se com aquelas brilhantes aparências de gênio e patriotismo, que, como meteoros fugitivos, ofuscam os olhos, e conduzem a precipícios (..)

A Constituição Federal de 1988 também estabeleceu limite de idade para o exercício do cargo de Senador, a idade mínima exigida é de 35 anos e quanto aos estrangeiros para se tornarem elegíveis precisam se naturalizar brasileiros, porém é-lhes vedado ocupar a presidência do Senado Federal.

Tramita no Senado Federal, pendente de votação, uma proposta de emenda à constituição reduzindo o limite de idade para o exercício do cargo de Senador para 29 anos, tal medida faz parte da reforma política, tendo como justificativa a péssima avaliação que a população fez do Congresso Nacional, revelando o distanciamento da vontade popular frente aos trabalhos desenvolvidos pelo Congresso Nacional. Além disso, verificou-se a baixa representatividade do jovem brasileiro que é de suma importância para o desenvolvimento do país, pois nada como o próprio jovem para

compreender e representar os seus interesses.

Quanto segunda condição, entendem os federalistas que a forma mais justa de eleição para os Senadores seria através de Convenção, ou seja, diretamente pelo Poder Legislativo de cada Estado. É o que Hamilton (2003, n.62, p. 375) afirma:

Das diferentes maneiras de constituir esse ramo do governo, a que a Convenção escolheu é provavelmente a mais conforme à opinião pública: pelo menos, tem a vantagem indisputável de favorecer uma escolha mais ilustrada e dá, ao mesmo tempo, aos Estados uma influência sobre a formação do governo federal, que procurará segurança de autoridade aos seus governos e formará entre os dois sistemas um laço útil.

Posteriormente a Constituição Americana definiu que cada Senador seria eleito pela população eleitoral de seus Estados, vencendo aquele que alcançasse a maioria dos votos. Da mesma forma a Constituição brasileira adotou o sistema majoritário para a escolha dos Senadores, bem como o voto direto.

A terceira e quarta condições estão interligadas, sendo que aquela defende a igualdade de representação do Senado para trazer equilíbrio entre os pequenos e grandes Estados e esta aborda o número de Senadores e a duração das suas funções. Essas condições foram fundamentais para o fortalecimento do Senado e para o equilíbrio do próprio pacto federativo. A longevidade do mandato de Senador faz-se necessária para manter a estabilidade do Estado, assim afirma Hamilton (2003, n. 62, p. 377):

É quase impossível que uma assembleia de homens, por via de regra de vida particular, eleitos por curto período e sem motivo algum permanente que os obrigue a entregar-se, nos intervalos das sessões, ao estudo das leis, negócios e interesses complicados do seu país, possa escapar a um sem-número de erros importantes no desempenho das suas funções públicas.

Cada estado norte-americano é igualmente representado por dois membros e como resultado, o número total de senadores norte-americanos é cem. O mandato dos senadores é de seis anos e as eleições ocorrem, a cada dois anos, para a escolha de aproximadamente um terço das cadeiras. Já no Brasil a representação se dá por três senadores, perfazendo um total de oitenta e um, escolhidos para mandatos de oito anos com eleições a cada quatro anos para renovação, alternadamente de um a dois terços (art. 46 da CF/88).

Relativamente à iniciativa de lei temos que as duas casas americanas gozam de paridade nesse sentido, visto que a maioria das leis podem ser propostas tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado, o mesmo ocorre no Brasil, porém o rol dos legitimados para a iniciativa de leis complementares e ordinárias é bem mais extenso do que o americano, senão vejamos:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Outra marcante diferença entre os Senados brasileiro e o americano é quanto a ocupação da presidência. No Brasil o presidente do Senado é eleito por seus pares, enquanto nos Estados Unidos o vice-presidente é o oficial que preside as sessões legislativas do Senado norte-americano, porém não é ele um senador, e como regra, não vota, embora possua o voto de Minerva em casos de votações empatadas.

Por fim temos que à Câmara dos Deputados americana foi dado o poder de iniciar o processo de impeachment de qualquer oficial federal, incluído o próprio presidente, pelos crimes de traição, corrupção, ou outros crimes e desvios de conduta, mas estes oficiais serão julgados pelos Senadores e se o processo de impeachment for contra o Presidente americano, então o Chefe de Justiça presidirá o processo.

No Brasil, a Câmara dos Deputados autoriza por dois terços dos seus membros a instauração do processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado e quem julga tais autoridades é o Senado Federal, porém o Presidente do Supremo Tribunal Federal, nesta hipótese será o Presidente do Senado.

4 | CONCLUSÃO

O Brasil embora tenha se espelhado na federação americana é dela bem diferente, o equilíbrio entre os poderes é frágil e com isso observamos em várias situações um poder invadindo a competência do outro. A União ainda é muito centralizadora tendo um alto peso político, o que contraria um dos pilares da federação que é a descentralização política e embora os entes da federação sejam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estes últimos, sequer representantes no governo central possuem.

Relativamente ao Poder Legislativo, que na federação americana é respeitado e influente, aqui temos uma realidade diversa, visto que a maior parte da população reprova o trabalho desempenhado pelos seus próprios representantes.

O Senado, instituição política voltada à representação dos Estados-membros, tem uma sobrecarga de atividades que não estão relacionadas às suas funções específicas, como a possibilidade de iniciativa de leis em qualquer matéria, poder de vetar leis aprovadas na Câmara dos Deputados, mesmo que não estejam relacionadas com o equilíbrio federativo, além de ser casa revisora para todas as matérias do Congresso Nacional, o que por vezes tranca a pauta e não permite que votações realmente relevantes para os Estados sejam debatidas e votadas. Além disso, temos parlamentares que seguem nas votações as orientações partidárias sem levar em consideração o interesse do Estado que representam em evidente violação do princípio do pacto federativo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Projeto de Lei do Senado nº 146, de 2015**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120267>>. Acessado em: 30 de julho de 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Rogério de Araújo. **Os artigos federalistas: A contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011. <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242934>>. Data de acesso: 16 de agosto de 2016.
- LIMA, Tatiana Maria Silva Mello de. **O federalismo brasileiro: uma forma de estado peculiar**. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estadopeculiar.pdf>>. Acessado em: 16 de agosto de 2016.
- LINCE, Léo. **O papel do Senado e a questão federativa**. Disponível em: <http://www.correiocidadania.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=150:o-papel-dosenado-e-a-questo-federativa&catid=36:especial-leo-lince-reforma-politica&Itemid=82>. Acessado em: 26 de julho de 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- WEFFORT, Francisco Correa. **Os clássicos da política**. 14ª edição. São Paulo: Ática, 2011, v.1.

SOBRE A ORGANIZADORA

RENATA LUCIANE POLSAQUE YOUNG BLOOD docente do Centro Universitários Santa Amélia Ltda (UniSecal) na Cidade de Ponta Grossa-PR. Coordenadora do Curso de Direito da UniSecal. Coordenadora de grupo de pesquisa da linha Justiça Restaurativa do Curso de Direito da UniSecal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Gestão Empresarial pelo Instituto Superior de Administração e Economia e Mercosul/Fundação Getúlio Vargas (ISAE/FGV). Mestre e doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual em Ponta Grossa (UEPG). Facilitadora e Capacitadora da Metodologia da Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Advogada nas áreas cível e família, com experiência na aplicação das metodologias consensuais de resolução de conflito: Conciliação, Mediação e Justiça Restaurativa.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-262-3

