

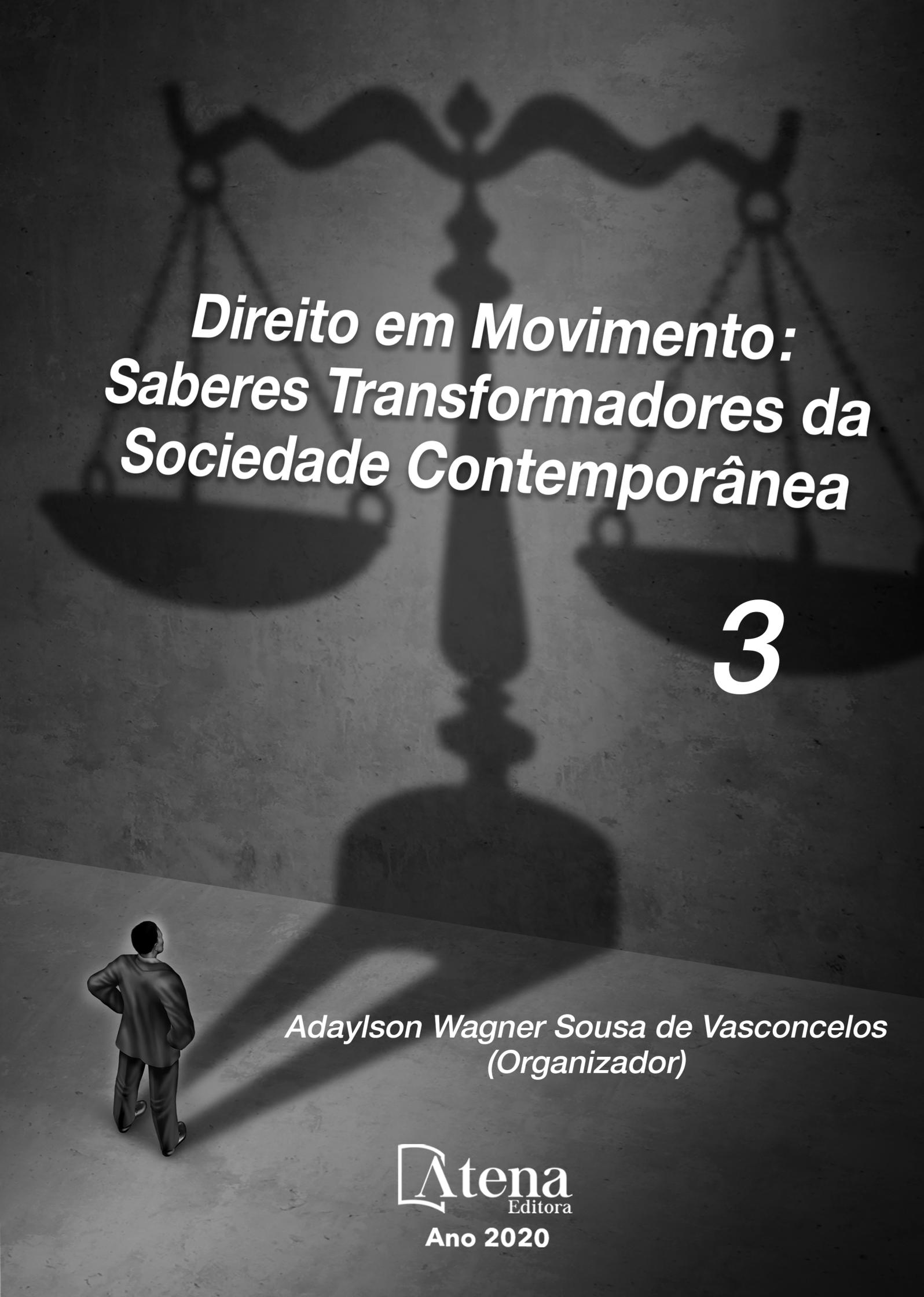
***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

3

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

3

***Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)***

Atena
Editora

Ano 2020

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecário

Maurício Amormino Júnior

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Karine de Lima Wisniewski

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2020 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2020 Os autores

Copyright da Edição © 2020 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição 4.0 Internacional (CC BY 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. 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.

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

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense

Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof^a Dr^a Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Prof^a Dr^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Prof^a Dr^a Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Prof^a Dr^a Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Prof^a Dr^a Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof^a Dr^a Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Prof^a Dr^a Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Prof^a Dr^a Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Prof. Dr. Alexandre Leite dos Santos Silva – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Prof^a Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Prof^a Dr^a Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof^a Dr^a Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Prof^a Dr^a Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Prof^a Dr^a Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Prof^a Dr^a Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof^a Dr^a Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Mato Grosso
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Me. Adalto Moreira Braz – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Eivaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Dr. Fabiano Lemos Pereira – Prefeitura Municipal de Macaé
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza

Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea

3

Editora Chefe: Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecário: Maurício Amormino Júnior
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

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

D598 Direito em movimento [recurso eletrônico] : saberes transformadores da sociedade contemporânea 3 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa, PR: Atena, 2020.

Formato: PDF

Requisitos de sistemas: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-275-3

DOI 10.22533/at.ed.753201008

1. Sociologia jurídica. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de. II. Série.

CDD 340.115

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br


Ano 2020

APRESENTAÇÃO

Coletânea de vinte e dois capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, discute temáticas que circundam a grande área do Direito e dos diálogos possíveis de serem realizados com as demais áreas do saber e com as múltiplas ações e reações da sociedade que se exercita por transformações.

Assim, nesse segundo volume, temos dois grandes grupos de reflexões que explicitam as mutações sociais diárias e que o Direito estabelece relações para um regular convívio entre sujeitos.

Em cinco singelas divisões estão debates que circundam o mundo do trabalho, os desafios de um mundo em rede, a governança pública, o debate dos animais não humanos, além do direito e da realidade internacional.

De início, o mundo do trabalho nos traz análises interessantes como as sobre benefício da justiça gratuita e honorários, assédio moral e sexual, a figura do empregado hipersuficiente, a realidade do teletrabalho, trabalho decente para a mulher transexual e para a travesti. Centrais sindicais e experiência na justiça do trabalho do Município de Marabá também estão aqui contempladas.

Em governança pública, são encontradas questões como controle judicial dos atos da administração, a imprescritibilidade do direito ao ressarcimento devido a dano advindo de atos de improbidade, além de contratação pública na realidade espanhola.

No debate dos animais não humanos, aqui é contemplada a personalização jurídica no contexto brasileiro, bem como a senciência ancorada na condição de sujeito de direito.

Por fim, o direito e a realidade internacional atingem os sujeitos do direito internacional público, a ecologia dos saberes e o comércio.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA QUANTO AOS HONORÁRIOS PERICIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA CRFB/88	
Pedro Henrique Freire Vazatta Larissa Magalhães de Carvalho Sandra Ávila dos Santos	
DOI 10.22533/at.ed.7532010081	
CAPÍTULO 2	17
ASSÉDIO MORAL & SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO	
Helder Arlindo Soldatti Ana Júlia de Araújo Costa Soldatti Adalberto Zorzo	
DOI 10.22533/at.ed.7532010082	
CAPÍTULO 3	27
HIGH COST OF ORGANIZATIONAL MORAL HARASSMENT FOR COMPANIES WHO PRACTICE IT	
Marlene Valerio Dos Santos Arenas Miguel Angel Arenas Rubio Filho Diego Alexis dos Santos Arenas Rosália Maria Passos da Silva Miguel Angel Arenas Rubio	
DOI 10.22533/at.ed.7532010083	
CAPÍTULO 4	42
O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE: UMA NOVA CATEGORIA SOB O PRISMA COLETIVO E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NESSAS RELAÇÕES	
Ricardo Nogueira Monnazzi Felipe Freitas de Araújo Alves Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega	
DOI 10.22533/at.ed.7532010084	
CAPÍTULO 5	60
O ISOLAMENTO DO TELETRABALHADOR NA SOCIEDADE: UMA REFLEXÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	
Luciana Lara Sena Lima Rafael Lara Martins	
DOI 10.22533/at.ed.7532010085	
CAPÍTULO 6	69
A GARANTIA DO TRABALHO DECENTE PARA A MULHER TRANSEXUAL E PARA TRAVESTI, À LUZ DA PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHO	
Simone Florindo Costa	
DOI 10.22533/at.ed.7532010086	
CAPÍTULO 7	82
AS CENTRAIS SINDICAIS BRASILEIRAS E SEU FINANCIAMENTO À LUZ DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 11.648/2008 E DA LEI Nº 13.467/2017: UMA RELEITURA DE T.H. MARSHALL A PARTIR DA PROPOSIÇÃO DE UMA CIDADANIA SINDICAL	
Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira Anne Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.7532010087	

CAPÍTULO 8	94
EXPERIÊNCIA EXITOSA: MEDIDA HETEROGÊNEA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM PROL DOS SERVIDORES DA SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MARABÁ EM 2016	
Mauricia Macedo Ramalho Rafael Oliveira Chaves Marcus Vinicius Henrique Brito	
DOI 10.22533/at.ed.7532010088	
CAPÍTULO 9	109
DESAFIOS E RISCOS DE ORDEM COSMOPOLITA PARA UM APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO: A INTERNET COMO BEM COMUM NA SOCIEDADE EM REDE	
Guilherme Pittaluga Hoffmeister Roger de Moraes de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.7532010089	
CAPÍTULO 10	122
AS MÚLTIPLAS IDENTIDADES NA ERA DOS PERFIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DESAFIO FAVORÁVEL OU DESFAVORÁVEL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
Ronny Max Machado Paulo Victor Alfeo Reis	
DOI 10.22533/at.ed.75320100810	
CAPÍTULO 11	138
PERSPECTIVAS E APLICABILIDADES DO <i>HABEAS DATA</i> NA INTERNET	
Caio Graco Brasileiro Anna Christina Freire Barbosa	
DOI 10.22533/at.ed.75320100811	
CAPÍTULO 12	150
OS CAMINHOS PROTETIVOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS E O PAPEL DA ÉTICA NA INTERNET	
Osmar Fernando Gonçalves Barreto Ronny Max Machado	
DOI 10.22533/at.ed.75320100812	
CAPÍTULO 13	167
A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE AUTOR E OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS	
Marcos Henrique Costa Leroy Fernanda Amaral Duarte	
DOI 10.22533/at.ed.75320100813	
CAPÍTULO 14	180
BULLYING E CIBERBULLYING: A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA NO ÂMBITO ESCOLAR	
Catharina de Mello Candido Halan Cunha Rios	
DOI 10.22533/at.ed.75320100814	
CAPÍTULO 15	186
SOCIEDADE CIVIL E AS NOVAS PERSPECTIVAS INSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA SEGURANÇA PÚBLICA	
Ronald Jean de Oliveira Henriques	
DOI 10.22533/at.ed.75320100815	

CAPÍTULO 16	196
A IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO AO RESSARCIMENTO POR DANOS DECORRENTES DE CONDUTAS ÍMPROBAS	
Luiz Egon Richter	
DOI 10.22533/at.ed.75320100816	
CAPÍTULO 17	216
LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN EL ESTADO ESPAÑO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
Josep Ramon Fuentes i Gasó	
DOI 10.22533/at.ed.75320100817	
CAPÍTULO 18	232
PERSONALIZAÇÃO JURÍDICA DE ANIMAIS NO BRASIL	
Fernanda de Siqueira Chaves	
DOI 10.22533/at.ed.75320100818	
CAPÍTULO 19	249
O CRITÉRIO DE SENCIÊNCIA DOS ANIMAIS HUMANOS E NÃO HUMANOS E SUA CONDIÇÃO COMO “SUJEITO DE DIREITO”	
Robson Oliveira Costa Domingos	
Edivania Lazzari Domingos de Souza	
DOI 10.22533/at.ed.75320100819	
CAPÍTULO 20	256
SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	
Ana Gabriela Carneiro Franco	
Jennainy Alves Pereira Rosa	
DOI 10.22533/at.ed.75320100820	
CAPÍTULO 21	262
DA ORDEM DO DISCURSO À ECOLOGIA DE SABERES: HERMENÉUTICAS E COSMOPOLITISMOS PARA AS TWAIL	
Guilherme Pittaluga Hoffmeister	
Roger de Moraes de Castro	
DOI 10.22533/at.ed.75320100821	
CAPÍTULO 22	275
O COMÉRCIO, COMO ELEMENTO DA PROPOSTA KANTIANA, FAVORECENDO A PAZ PERPÉTUA NA SOCIEDADE INTERNACIONAL	
Angélica Godinho da Costa	
DOI 10.22533/at.ed.75320100822	
SOBRE O ORGANIZADOR	284
ÍNDICE REMISSIVO	285

BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA QUANTO AOS HONORÁRIOS PERICIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA CRFB/88

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 06/05/2020

Pedro Henrique Freire Vazatta

Universidade do Vale de Itajaí

Itajaí – SC

<http://lattes.cnpq.br/5218894745115738>

Larissa Magalhães de Carvalho

Universidade do Vale de Itajaí

Itajaí – SC

<http://lattes.cnpq.br/3205402972332778>

Sandra Ávila dos Santos

Universidade do Vale do Itajaí

Itajaí – SC

<http://lattes.cnpq.br/5546208084528577>

Publicado nos Anais do IV Congresso Catarinense de Direito Processual Civil. 2018. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/13632/7717>>. Acesso em 06 de maio de 2020.

RESUMO: O presente artigo tem como tema o benefício da justiça gratuita quanto aos honorários periciais no processo do trabalho sob a ótica da CRFB/88. O **objetivo geral** do artigo consiste em analisar a concessão da assistência jurídica compreendendo o benefício

da justiça gratuita sob um viés constitucional, relacionando ao dispositivo das custas periciais pela parte sucumbente no processo do trabalho. Em busca desse objetivo, constatou as peculiaridades decorrentes da reforma trabalhista, sendo assim, foi ajuizada uma ADI pela Procuradoria Geral da República entendendo que o dispositivo 790-B da CLT é inconstitucional. Observou-se que a garantia fundamental da justiça gratuita possibilita o acesso ao judiciário de pessoas que não tem condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais. Quanto à **metodologia** da pesquisa, foi utilizado o método indutivo, pois partiu-se de premissas específicas para se chegar a uma conclusão geral.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência Jurídica, Justiça Gratuita, Honorários perícias, Ação Direta de Inconstitucionalidade.

BENEFIT FROM FREE JUSTICE

REGARDING EXPERT FEES IN THE WORK
PROCESS FROM THE PERSPECTIVE OF
THE CRFB/88

ABSTRACT: This article has as its theme for the benefit of justice for free as the expert fees in the work process from the perspective of the CRFB/1988. The general objective of the article

is to analyze the granting of legal assistance including free justice under a constitutional bias, relating to the device of expert fees for the sucumbente. In pursuit of this objective, we found the peculiarities arising from the labor reform, therefore, was filed a Direct Action of Unconstitutionality by the Attorney General of the Republic on the understanding that the device 790-B of the CLT is unconstitutional, because it violates the principle of wide access to justice. It has been observed that the fundamental guarantee of justice allows free access to the judiciary of people who do not have financial conditions to afford the expenses and procedural costs. As for the methodology of research, the inductive method was used, because it is specific assumptions to arrive at a general conclusion.

KEYWORDS: Legal Assistance, Free Justice, Expert Fees, Direct Action of Unconstitutionality.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu através da polêmica reforma trabalhista, referente ao dispositivo do art. 790-B da CLT, que se refere ao pagamento das custas periciais pela parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Sendo assim, ressalta-se a importância de versar sobre o direito constitucional da assistência judiciária gratuita, bem como compreender o instituto da Justiça Gratuita de forma ampla, evidenciando a possibilidade do acesso a justiça das pessoas com insuficiência de recursos financeiros para custear as despesas processuais.

Tem-se por **objetivo geral** analisar a concessão da assistência jurídica compreendendo a justiça gratuita sob a ótica da CRFB/88, relacionando ao dispositivo das custas periciais com previsão legal no art. 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho. Quanto aos **objetivos específicos**, elenca-se os seguintes: abordar sobre a garantia fundamental da assistência jurídica e o benefício da justiça gratuita na CRFB/88; tratar sobre os honorários periciais pela a parte sucumbente no Processo do Trabalho, e por fim, estabelecer uma análise do pagamento de custas periciais pela parte sucumbente sob os aspectos constitucionais que trata da justiça gratuita.

Diante das alterações da reforma trabalhista, houve limitação do benefício da justiça gratuita, no caso em que, se a parte, tornar sucumbente na pretensão do objeto da perícia não estará isento de custas periciais, por mais que seja beneficiária da justiça gratuita. Diante do exposto, devido as incongruências da reforma trabalhista, tem-se por **problema de pesquisa** verificar se o dispositivo 790-B da CLT, que trata do pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente ainda que a parte sucumbente seja beneficiária da justiça gratuita, está em conformidade com a CRFB/1988?

Porém pode se perceber, que as **hipóteses** desenvolvidas no artigo são: a) o dispositivo do art. 790-B da CLT é Inconstitucional; b) o dispositivo do art. 790-B é Constitucional; c) restringe o efetivo acesso a justiça; o assunto já foi discutido no STF e outras hipóteses que podem ser verificadas no decorrer do artigo. Quanto à **metodologia**

da pesquisa, foi utilizado o método indutivo, pois partiu-se de premissas específicas para se chegar a uma conclusão geral.

2 | GARANTIA FUNDAMENTAL DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA NA CRFB/88

A assistência jurídica gratuita é um direito fundamental que está garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o intuito de dar amparo jurídico para os que necessitam do acesso ao Poder Judiciário de forma justa e eficiente.

A constituição estabelece no artigo 5º, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹. Esta garantia se aplica a todos, sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, assim leciona Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero² que “Vale dizer: a proteção jurídica estatal deve ser pensada e em uma perspectiva social”, “permeada pela preocupação com a organização de um processo democrático a todos acessível”.³

Processo democrático que deve consistir em outros princípios constitucionais, como a duração razoável do processo e principalmente os ditames do devido processo legal. Frederico Marques citado por José Afonso da Silva⁴, explica:

quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimentos alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Assim, aplicação da assistência jurídica gratuita está harmonicamente relacionado com os preceitos constitucionais do devido processo legal, garantindo a eficácia da tramitação do processo justo e surtindo o efeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, o acesso à justiça para aqueles que forem vulneráveis financeiramente.

Compreende-se que, assistência jurídica envolve tanto o auxílio extraprocessual, por meio de consultas jurídicas, como atuação no curso do processo, seja no âmbito da esfera penal, civil, previdenciário e trabalhista. Não reconhece a todos o gozo da benesse, assim, somente aqueles que comprovem a insuficiência de recursos financeiros poderão

1 BRASIL. CRFB/88, de 5 de out. de 1988. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988. Brasília, DF, out. 1988.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, 2000, p.21; MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. 2005, p.48. Apud.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p.1072.

3 COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia dell’azione nel processo civile**. 1970. P.135. Apud. SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional** / Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 4. Ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais – São Paulo; Saraiva, 2015, p. 787.

4 FREDERICO MARQUES, José. **O artigo 141, §4º, da Constituição Federal**”, **revista da faculdade de direito da universidade do Ceará** 16. p.71 Apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** / José Afonso da Silva. – 40. Ed., ver. E atual. / até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. – São Paulo: Malheiros, 2017. p.435.

ser isentos das custas e despesas processuais, sem colocar em risco a sua subsistência ou a de seus familiares.⁵

No que tange, a garantia da assistência jurídica no âmbito de proteção, é importante a interpretação de Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que:

O direito à assistência jurídica integral outorga a todos os necessitados direito à orientação jurídica e ao benefício da gratuidade judiciária, que compreende isenções das taxas judiciárias, dos emolumentos e custas, das despesas com publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas às testemunhas, dos honorários de advogado e perito, das despesas com a realização do exame de código genético [...].⁶

Assim, compreende-se que é direito da parte quando uma vez comprovado a insuficiência de recurso, ter um representante em juízo gratuitamente, além de ser isentos de todas as despesas processuais.

O art. 14 da Lei Nº 5.584/1970, disciplina sobre a concessão e prestação de assistência jurídica, tratando-se que “na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador” e também será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato (art. 18) .⁷

É importante esclarecer que a Lei nº 1.060/50 estabelece normas para a concessão de assistência jurídica aos necessitados, e com a nova redação dada pela Lei nº 5.584/1970, que dispõe sobre a assistência jurídica no direito processual do trabalho, significa que a lei mais específica aplicar-se-á nos casos que envolvem a justiça do trabalho.

O art. 17 da Lei Nº 5.584/1970 dispõe que somente será atribuído ao Promotores ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência jurídica, quando nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador.

O art. 14 §1º da Lei Nº 5.584/1970, prevê que assistência jurídica integral e gratuita será prestada quando a parte que “perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”

Deste modo, o §2º da referida lei diz que o trabalhador terá que comprovar em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder a 48 (quarenta e oito) horas. Na hipótese de não haver autoridades supramencionadas, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado (§3º).

5 MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões** / Sylvio Clemente da Motta Filho. 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p.296

6 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p.1074.

7 BRASIL. **LEI Nº 5.584/70, de 26 de jun. de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências.1970. Brasília, DF, jun. de 1970.

Portanto, comprovada a necessidade, o sindicato prestará de forma integral e gratuitamente, “a representação técnica (advogados) dos trabalhadores pertencentes a sua categoria, filiados ou não, que se encontrem em estado de miserabilidade, ademais, o empregado não arcará com as despesas processuais.”⁸

Cumprido destacar que assistência jurídica, é um modo que o Estado garante ao trabalhador hipossuficiente, a representação em juízo, e percebe-se que o benefício da justiça gratuita está incluído na assistência jurídica.

Nas explicações de Vólia Bomfim Cassar⁹:

Não se confunde gratuidade de justiça com assistência judiciária gratuita. A gratuidade incide sobre os gastos do processo, e não sobre aquele que assiste à parte. Logo, mesmo com advogado particular, se a parte (autor ou réu) comprovar sua hipossuficiência econômica, sem condições de arcar com os gastos do processo, este será deferido.

Diante disso, a parte que contratar um advogado particular, poderá requerer em juízo o benefício da justiça gratuita, assim provando os requisitos com os documentos necessários, terá isenções nos gastos do processo, inclusive nos honorários periciais. Nesta deixa, será de suma importância analisar especificamente o benefício da justiça gratuita.

2.1 Benefício da justiça gratuita

Com a reforma trabalhista dada pela lei 13.467/2017, houve diversas alterações na redação original da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim será oportuno tratar especificamente sobre o instituto do benefício da Justiça Gratuita, no qual se faz presente neste artigo.

Sobre as possíveis isenções processuais que pode incidir o benefício, o autor Enoque Ribeiro dos Santos¹⁰, diz: “em regra, o benefício da justiça gratuita envolve taxas, emolumentos, custas, honorários periciais e demais despesas do processo”.

No entanto, a justiça gratuita corrobora no acesso à justiça de forma integral e gratuita, compreendendo isenções nas custas processuais, como no exemplo dos honorários periciais para se valer do direito da ampla produção de provas no processo. Contudo, será mister analisar estritamente nos próximos tópicos sobre esse assunto.

Retomando a passagem do benefício da Justiça gratuita, no que tange a legislação, o artigo subsequente incluído pela lei 13.467/2017, expressa que:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

8 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**, p.337.

9 CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Cassar, Leonardo Dias Borges. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.p.97.

10 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. p.337.

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Todavia, tem direito à benesse da justiça gratuita a pessoa que perceber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Assim, segundo o site da Previdência Social,¹¹ o valor atualizado do “teto previdenciário passa a ser R\$ 5.645,80”, portanto o percentual de 40% incide sobre esse valor, que compreende à R\$ 2.258,32.

Observa-se que em qualquer instancia poderá ser deferido o benefício da justiça gratuita, mediante requerimento ou ofício pelo respectivo órgão julgador. A declaração de hipossuficiência econômica pode ser realizada pela parte ou por seu advogado, caso seja o advogado, é importante que a procuração esteja com poderes específicos para esse fim, conforme art. 105 do CPC (Súmula nº, 463, I, do TST).¹²

Segundo o autor Leone Pereira¹³, no que diz respeito a concessão da justiça gratuita:

somente fará jus ao benefício da justiça gratuita aquele que realmente necessitar, evitando-se abuso no pleito e ofensa ao princípio da isonomia. Este raciocínio jurídico é pautado nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da ponderação de interesses, no bom senso e, quem sabe, poderá até contribuir para a diminuição de demandas trabalhistas, a celeridade e a efetividade do processo em uma visão macroscópica.

Merece consideração, no que diz respeito, nos casos em que a Consolidação das Leis do Trabalho for omissa, o direito processual comum será fonte subsidiária, exceto o que for incompatível, assim determina o art. 769 CLT.

Portanto, o art. 98 do Código de Processo Civil trata da gratuidade da justiça e englobam as seguintes isenções no processo:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em

11 INSS. Benefícios: índice de reajuste para segurados que recebem acima do mínimo é de 2,07% em 2018. **Previdência Social**. Disponível em: < <http://www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018/>>. Acesso em: 08 out. de 2018.

12 MIESSA Élisson. **Processo do Trabalho**: para os concursos de analista do TRT, TST e do MPU / coordenador geral, Henrique Correia. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.254

13 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho** / Leone Pereira. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.321.

outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Em resumo, para que parte tenha o direito à gratuidade de alguns desses atos processuais, principalmente a isenção do pagamento dos honorários periciais, é necessário que a parte deva comprovar a hipossuficiência econômica, nos ditames do que foi exposto no início do tópico, sendo mediante declaração, própria, ou por advogado com poderes específicos, poderá se valer do benefício.

3 | HONORÁRIOS PERICIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO

A prova pericial é um dos métodos mais importantes para o juiz suprir a ausência de conhecimento técnico em determinada questão, pronunciando assim, a respeito do mérito do processo.

É importante ressaltar que neste tópico será objeto de estudo, sobre os honorários periciais no processo do trabalho quando requerida pela parte sucumbente. Assim será mister introduzir sobre a prova, e conseqüentemente no que diz respeito aos honorários do perito.

Marcos Vinicius Rios Gonçalves,¹⁴ conceitua prova como: “os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenha relevância para o processo.”

Assim, nota-se que a prova pericial versa sobre a descoberta e demonstração da verdade dos fatos que estão sob julgamento do magistrado, a fim de instruir seu convencimento a respeito dos fatos apontados na presente demanda.

14 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. v. 1, p, 409.

Nesse sentido, as partes podem produzir provas no processo para dar suporte à pretensão na qual alega, por meio da prova, demonstram a existência de determinados fatos que aconteceram no passado tornando-os vivos no processo.

As partes têm o direito de se utilizar de todos os meios de provas, desde que sejam legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, para provar a veracidade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa.¹⁵

No estudo de Mauro Schiavi¹⁶ em relação às provas, tem por fundamento os princípios da cooperação e boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real a justiça, impõe e asseguram o equilíbrio do processo, bem como a produção da prova.

Em consonância com o art. 464 do Código de Processo Civil, a prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação. Geralmente, a perícia tem por objeto as pessoas e as coisas, mas nada impede que outras fontes de prova sejam periciadas, tendo, como exemplo, o barulho e o odor.¹⁷

O art. 195 da CLT, possibilita que as partes podem requerer prova pericial quando o local de trabalho for insalubre ou oferecer algum risco para sua integridade, vistoria que será atestado por um médico ou por engenheiro do trabalho.¹⁸

A perícia é fundamental para esclarecer fatos que requeiram domínio técnico, isto é, o profissional capacitado que irá analisar o caso, deverá ter especialização e conhecimento na área.¹⁹

Já em relação aos honorários periciais, a Consolidações das Leis do Trabalho disciplina:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita

§1º. Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho

§ 2º. O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º. O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º. Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

15 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. p, 456.

16 SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17 / Mauro Schiavi. — 1. ed. — São Paulo :LTr Editora, 2017. p. 104.

17 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. p, 470.

18 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**/ Sergio Pinto Martins. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.85.

19 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho** / Enoque Ribeiro dos Santos, Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. P. 470.

Deste modo, nota-se que mesmo o cidadão sendo beneficiário de assistência jurídica, não continuará imune perante as custas periciais, caso se torne sucumbente no processo, visto que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é exclusivamente da parte vencida.

Compreende-se por parte sucumbente aquela que perdeu a ação, conhecida como parte vencida na demanda. Esta deverá efetuar o pagamento das custas periciais e honorárias advocatícias, independentemente de beneficiária da justiça gratuita.

Conforme a Lei supracitada, ao fixar o valor dos honorários do perito, deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ainda poderá deferir parcelamento dos honorários periciais quando a parte não tiver como efetuar o pagamento do valor integral da perícia.

O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para a realização de perícia, precedente já firmado na Orientação Jurisprudencial n. 98 da SDI-2/TST: sendo ilegal a exigência de depósito antecipado para o custeio dos honorários periciais, declara incompatível com o processo do trabalho. Se em alguma eventualidade, o juízo exigir o prévio depósito, é cabível mandato de segurança para realização da perícia, independentemente do depósito.²⁰

A União será subsidiária no pagamento dos encargos da perícia, somente se o beneficiário da justiça gratuita, não ganhou créditos capaz de suprir a referida despesa, ainda que em outro processo.²¹

Portanto, nota-se que a responsabilidade pelas custas é sempre da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que disponha do benefício da justiça gratuita, porém na falta de créditos capazes de suportar as despesas processuais, a obrigação torna-se exclusiva da União.

4 | O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PARA A PARTE SUCUMBENTE SOB ANÁLISE DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

O benefício da justiça gratuita é um direito de suma importância para a parte que não tiver condições suficientes de arcar com as custas do processo, como vimos anteriormente. Nesse aspecto, os autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirma fazem as seguintes considerações sobre a gratuidade da justiça “efetivo acesso à justiça mediante a organização de um processo justo que leve em consideração as reais diferenças sociais entre as pessoas. Nessa linha, assume as funções de prestação estatal e de não discriminação.”²²

Segundo a previsão constitucional que trata da assistência jurídica, esta é fundamental

20 PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**, p. 444-445.

21 SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**, p.82

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, 1999, p.384-386. *Apud* MARI-NONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2017, p. 1074.

para as pessoas necessitadas, sendo que quando houver lesão ou ameaça ao direito, seja primordialmente concedido o acesso à justiça. Nesse instante, a assistência jurídica do estado, preservará a inafastabilidade da jurisdição. É o que se verifica no artigo 5º do inc. XXXV da CRFB/88:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[...]

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Doutrinadoras como Kassiana Marinho²³ consideram-no como um direito fundamental dos mais importantes para as pessoas necessitadas, sem o qual não seria possível que as mesmas usufríssem de outro direito igualmente fundamental, qual seja, o acesso efetivo e substancial ao Poder Judiciário”.

A reforma trabalhista tratou da questão de benefício da justiça gratuita de modo diferente, no que tange ao pagamento das custas periciais para a parte sucumbente. Visto que, a CRFB/88 prevê a integralidade e gratuidade da justiça quando a parte não tiver condições financeiras suficientes para custear as despesas processuais. É percebido que a Constituição não faz ressalva, se a parte for sucumbente ou não na demanda, ao contrário o que se faz na presente reforma da Consolidações das Leis do Trabalho.

É necessário relatar que após a reforma trabalhista, dados do TST (Tribunal Superior do Trabalho) apontaram uma diminuição nos números de 45% de processos trabalhistas no 1º trimestre do ano de 2018 comparado com o ano 2017.²⁴

No que se refere às custas periciais antes da mudança da reforma trabalhista, o artigo 790-B da CLT dizia que a parte sucumbente no objeto da perícia é responsável pelo pagamento dos honorários periciais, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Note-se que caso a parte gozasse do benefício da gratuidade da justiça, ainda que fosse sucumbente quanto ao objeto de apreciação da perícia, não pagava qualquer tipo de custas.

Da mesma forma, determinava a Súmula 457 do TST²⁵ divulgada em 2014 já havia pacificado o entendimento no seguinte sentido:

23 MARINHO, Kassiana. 2018. Reforma Trabalhista: Alteração sobre custas, justiça gratuita e honorários periciais. **Jusbrasil**. Disponível em:<<https://kassianamarinho.jusbrasil.com.br/artigos/577925313/reforma-trabalhista-alteracoes-sobre-custas-justica-gratuita-e-honorarios-periciais?ref=serp>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

24 CARVALHO, Railídia. 2018. STF Julga artigo de reforma trabalhista que nega justiça gratuita. **Vermelho.org**. Disponível em:< <http://www.vermelho.org.br/noticia/310901-1>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

25 TST. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **tst.jus**. Disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumula>. Acesso em: 13 de out. de 2018

HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014

A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CS

Já na legislação atual, sucede um novo entendimento no sentido de que, ainda que a parte sucumbente seja beneficiária da justiça gratuita, deverá arcar com as custas processuais. Nesta seara, Enoque Ribeiro dos Santos²⁶, aponta nova disciplina diante do dispositivo 790-B da CLT:

No que concerne aos honorários periciais são devidos pela parte que foi sucumbente na pretensão objeto da perícia, isto é, aquele que foi derrotado em relação ao objeto da perícia (art. 790-B da CLT), mesmo que detentor do benefício da justiça gratuita. Dessa forma, caso o reclamante tenha elaborado diversos pedidos, dentre os quais insalubridade, e fique constatado pelo laudo pericial que o local não era insalubre, o empregado deverá arcar com os honorários periciais, mesmo que tenha alcançado êxito em relação aos demais pedidos.

Em alguns casos, a perícia se faz imprescindível para formar o convencimento na pretensão em juízo. Em uma sugestão de Mauro Schiavi²⁷, diz “o ideal seria que a Justiça do Trabalho tivesse peritos concursados e remunerados pelo Estado, a fim de dar maior credibilidade à prova pericial e evitar todas as vicissitudes decorrentes do pagamento dos honorários periciais.”

Confrontando as nuances da previsão constitucional e a reforma da CLT, precisamente, em relação ao dispositivo do art. 790-b, o Procurador Geral da República Rodrigo Janot, ajuizou a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5766, contra dispositivos que alteram a gratuidade da justiça dos trabalhadores que comprovem insuficiência de recursos.²⁸

Rodrigo Janot²⁹ entendeu que o fundamento gerador da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal foi o seguinte:

[...] os dispositivos da reforma trabalhista, impõe restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovarem insuficiência de recurso, na justiça do trabalho, ainda as normas violam as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.

[...]

A ADI requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 790-B da CLT (*caput* e parágrafo 4º), que responsabiliza a parte sucumbente (vencida) pelo pagamento de

26 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. p. 335.

27 SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**, p. 82.

28 STF. 2017. PRG questiona dispositivo da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. **STF.JUS**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em 13 de out. de 2018.

29 STF. 2017. PRG questiona dispositivo da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. **STF.JUS**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em 13 de out. de 2018.

honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Na redação anterior da norma, os beneficiários da justiça gratuita estavam isentos; com a nova redação, a União custeará a perícia apenas quando o beneficiário não tiver auferido créditos capazes de suportar a despesa, “ainda que em outro processo”. Assinala que o novo Código de Processo Civil (CPC) não deixa dúvida de que a gratuidade judiciária abrange custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Raquel Dodge, “endossou os argumentos expostos na ação e enfatizou que a previsão de que o trabalhador pague honorários periciais e de sucumbência com os recursos que obtiver em caso de êxito no processo afronta a garantia de amplo acesso à justiça”.³⁰

Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade foi distribuída em 28.08.2017, para o Relator Ministro Roberto Barroso, com requerimento de medida cautelar “com base no risco de imediato comprometimento do direito de acesso dos trabalhadores ao judiciário”. A Procuradoria Geral da República postulou pela suspensão cautelar dos dispositivos impugnados e, no mérito, sua declaração de inconstitucionalidade, por violação aos artigos 1º, III, incs. III e IV; 3º, incs. I e III; 5º, caput, incs. XXXV e LXXIV e §2º; e 7º a 9º da Constituição da República.³¹

O julgamento foi suspenso em virtude do pedido antecipado de vistas do Ministro Luiz Fux; no entanto, é pertinente colacionar a síntese do início do julgamento do caso pelo pleno do Supremo Tribunal Federal – informativo 901 do STF (Brasília, 7 a 11 de maio de 2018) – a qual dispõe a seguinte redação:

O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra o art. 790-B, “caput” e § 4º(1), o § 4º do art. 791-A(2), e o § 2º do art. 844(3), da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, que aprovou a denominada “Reforma Trabalhista”. Os dispositivos impugnados estabelecem: 1) a cobrança de honorários de advogado e de honorários periciais, em caso de sucumbência; 2) a utilização de créditos havidos em outros processos para fazer face a esses honorários; e 3) a cobrança de custas judiciais aos empregados que derem causa ao arquivamento de suas ações por não comparecimento injustificado à audiência.

O ministro Roberto Barroso (relator) julgou parcialmente procedente o pedido formulado, para assentar ***interpretação conforme a Constituição, consubstanciada nas seguintes teses: 1) o direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários; 2) a cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias; 3) é legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.***

O relator observou, inicialmente, que a sobre utilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais, o que afeta, em última análise, o próprio Direito Constitucional de acesso à

30 STF. 2018. Plenário inicia julgamento de primeira ADI contra alteração introduzida pela Reforma Trabalhista. **STF.JUS**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922>>. Acesso em 13 de out. de 2018.

31 STF. ADI 5766 PROCESSO ELETRONICO PÚBLICO. **STF.JUS**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 19 out. de 2018.

Justiça. Dessa forma, reputou constitucional, resguardados os valores alimentares e o mínimo existencial, a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. Para o relator, a gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos.

Também entendeu ser constitucional, em respeito e consideração à Justiça e à sociedade, que a subsidia, a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da Justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não comparecimento injustificado à audiência, ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.

Por fim, considerou constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento, medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça.

Em divergência, o ministro Edson Fachin julgou **integralmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos combatidos**, por vislumbrar ofensa aos direitos fundamentais da assistência jurídica integral e gratuita e de acesso à justiça, contidos, respectivamente, **nos incisos LXXIV e XXXV do art. 5º da Constituição Federal (CF)**. Segundo ele, as normas estão em desacordo, ainda, com precedentes do STF e com o **art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**.

O ministro Fachin reconheceu, também, a relação da gratuidade da justiça e o acesso à justiça com a isonomia. **Explicou que a desigualdade social gerada pelas dificuldades de acesso isonômico à educação, ao mercado de trabalho, à saúde, dentre outros direitos que têm cunho econômico, social e cultural impõe seja reforçado o âmbito de proteção do direito, que garante outros direitos e garante também a isonomia. A restrição das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça pode conter, em si, a aniquilação do único caminho que esses cidadãos dispõem para ver garantidos os seus direitos sociais trabalhistas.**

Asseverou que, mesmo que os interesses contrapostos sejam de assegurar maior responsabilidade e compromisso com a litigância para a defesa dos direitos sociais e trabalhistas, verifica-se, com as restrições impostas pela legislação impugnada, uma possibilidade real de se negar direitos fundamentais dos trabalhadores e de tornar inacessíveis os meios de sua reivindicação judicial.

Frisou não ser consentâneo com os princípios fundamentais da Constituição o dispositivo que autoriza a utilização de créditos trabalhistas, ou de outra natureza, obtidos em virtude do ajuizamento de um processo perante o Poder Judiciário e que teria, por si só, condição de modificar a situação do reclamante. Ao impor o pagamento de despesas processuais, independentemente da perda da condição de hipossuficiência econômica, a legislação impugnada afronta o próprio direito à gratuidade da justiça e, conseqüentemente, do acesso.

O ministro Fachin acrescentou não ser admissível impedir que o trabalhador, ainda que desidioso em outro processo trabalhista, quando comprovada a sua hipossuficiência econômica, ajuíze outra demanda sem o pagamento das custas processuais. Essa previsão também afronta o direito fundamental da gratuidade da justiça, atrelado ao direito fundamental de acesso à justiça, que não admite restrições relacionadas à conduta do trabalhador em outro processo, sob pena de esvaziamento desse seu âmbito de proteção constitucional.

Observe-se, portanto, que houve divergência entre o entendimento dos Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin no que tange ao mérito em apresso. O Ministro Barroso entendeu que a ação era parcialmente procedente já o Ministro Fachin entendeu que a demanda devia ser totalmente procedente. Atualmente os autos do processo se encontram conclusos ao Relator (07/06/2018) e a movimentação anterior a esta foi uma petição de um Amicus Curiae protocolada em 06/06/2018.

Em sendo assim, conclui-se que no tocante à (in)constitucionalidade do dispositivo 790-B da CLT já está em discussão no Supremo embora ainda não tenha encontrado plena solução

5 | CONCLUSÃO

A propósito do assunto discorrido no artigo, a assistência jurídica gratuita demonstra um caráter de efetivo valor para as pessoas que não tem condições financeiras de arcar com as custas judiciais necessárias a fim de solucionar um dissídio trabalhista no judiciário. Compreendendo diversas garantias fundamentais, desde a representação em juízo até o benefício da justiça gratuita. Observa-se que, incumbe ao Estado suportar as custas e despesas processuais quando o cidadão demonstrar a hipossuficiência econômica.

Quando o reclamante ou reclamado estiver representado por advogado na justiça do trabalho, poderá requerer o benefício da justiça gratuita que também terá isenções de taxas, emolumentos, perícia e outras despesas decorrentes do processo.

Referente à reforma trabalhista, a alteração do dispositivo 790-B da CLT, causou polêmica no que tange o pagamento dos honorários periciais quando a parte for sucumbente, mesmo que tenha a benesse da justiça gratuita. Sendo que, antes da reforma mesmo que fosse sucumbente não pagaria as custas periciais, conforme toda a fundamentação trazida pelo primeiro tópico do artigo.

Retoma-se, por oportuna, a pergunta que se tomou como diretriz do presente artigo, qual seja: o dispositivo 790-B da CLT, que trata do pagamento das custas periciais ainda que a parte sucumbente seja beneficiária da justiça gratuita, está em conformidade com a CRFB/1988?

Ora, conclui-se que em que pese tenha sido ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade tratando sobre o assunto, apenas o Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin se manifestaram quanto a questão suscitada. Em que pese apenas estes dois Ministros hajam se manifestado, de pronto já se verificou o dissídio de entendimento entre ambos.

No entanto, apesar de não poder dizer com certeza qual a posição pacífica sobre o
32 STF. **Informativo 901**. Disponível em <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo901.htm>>. Acesso em: 21. out. de 2018.

tema, o princípio constitucional do acesso à justiça, bem como o voto dos dois Ministros supracitados (vez que nenhum dos dois declarou totalmente improcedente a ADI) permite ressaltar que o dispositivo que é objeto da presente análise apresenta, sim, resquícios de inconstitucionalidade, pois estabelece restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade de justiça, impondo aos seus destinatários o pagamento de honorários periciais e sucumbenciais (*caput*), quando tiverem obtido em juízo, inclusive em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa (§4º).

REFERÊNCIA

BRASIL. CRFB/88, de 5 de out. de 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – 1988**. Brasília, DF, out. 1988.

BRASIL. **LEI Nº 13.467, de 13 de jun. de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017. Brasília, DF, jun. de 1970

_____. **LEI Nº 5.584/70, de 26 de jun. de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. 1970. Brasília, DF, jun. de 1970.

CARVALHO, Railídia. STF Julga artigo de reforma trabalhista que nega justiça gratuita. **Vermelho.org**. Disponível em: < <http://www.vermelho.org.br/noticia/310901-1>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista** / Vólia Bomfim Cassar, Leonardo Dias Borges. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017, p.219.

INSS. Benefícios: índice de reajuste para segurados que recebem acima do mínimo é de 2,07% em 2018. **Previdência Social**. Disponível em: < <http://www.previdencia.gov.br/2018/01/beneficios-indice-de-reajuste-para-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-207-em-2018/>>. Acesso em: 08 out. de 2018.

MARINHO, Kassiana. 2018. Reforma Trabalhista: Alteração sobre custas, justiça gratuita e honorários periciais. **Jusbrasil**. Disponível em: < <https://kassianamarinho.jusbrasil.com.br/artigos/577925313/reforma-trabalhista-alteracoes-sobre-custas-justica-gratuita-e-honorarios-periciais?ref=serp>>. Acesso em: 13 de out. de 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**/ Sergio Pinto Martins. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.208.

MIESSA Élisson. Processo do Trabalho: para os concursos de analista do TRT, TST e do MPU / coordenador geral, Henrique Correia. – Salvador: Juspodivm, 2018, p.1125.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões** / Sylvio Clemente da Motta Filho. 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p.1056

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho** / Leone Pereira. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p.1006.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho** / Enoque Ribeiro dos Santos, Ricardo Antonio Bittar Hajel Filho. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2018, p.470.

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna. **Processo do trabalho** / Renato Saraiva, Aryanna Linhares. - 14. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2018, p.624.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1952.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17 / Mauro Schiavi. — 1. ed. — São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 178.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** / José Afonso da Silva. – 40. Ed., ver. E atual. / até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. – São Paulo: Malheiros, 2017. p.936.

STF. ADI 5766 PROCESSO ELETRONICO PÚBLICO. **STF.JUS** Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>. Acesso em: 19 out. de 2018

____. **Informativo 901**. Disponível em <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo901.htm>>. Acesso em: 21. out. de 2018.

____. 2017. PRG questiona dispositivo da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça. **STF.JUS**. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em 13 de out. de 2018.

____. 2018. Plenário inicia julgamento de primeira ADI contra alteração introduzida pela Reforma Trabalhista. **STF.JUS**. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=377922>>. Acesso em 13 de out. de 2018.

TST. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **tst.jus**. Disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumula>. Acesso em: 13 de out. de 2018

ASSÉDIO MORAL & SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Data de aceite: 03/08/2020

Helder Arlindo Soldatti

Universidade Paulista – Unip

Limeira – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/4458888865232283>

Ana Júlia de Araújo Costa Soldatti

Universidade Paulista – Unip

Limeira – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/6459065780816252>

Adalberto Zorzo

Universidade Paulista – Unip

Limeira – São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/8314843196830046>

RESUMO: Não é de hoje que casos de importunação, moral e/ou sexual no ambiente de trabalho ocorrem, porém não se dava tanta importância, por diversos fatores, principalmente culturais. Viveu-se épocas que, embora ocorressem não recebiam este tratamento e sequer a nomenclatura era conhecida. Neste cenário e com vistas à mudanças, devem as pessoas que guarnecem os ambientes coletivos e hierárquicos de trabalho erradicarem esse mal que ocorre com muito mais frequência e com consequências muito mais graves do que se pode imaginar. Para tanto, se levantam os poderes legislativo e judiciário, principalmente

este que dará a última palavra de sua ocorrência ou não, já que algumas posturas podem não ser consideradas “assediadas”. Desse modo, a análise de cada caso é fundamental, pois dependendo da gravidade pode até ser considerada crime e outras uma postura regular no meio empresarial, como mera regra do jogo. **PALAVRA-CHAVE:** Assédios moral, sexual, tipos de assédio.

ABSTRACT: It is not new that cases of harassment, moral and / or sexual in the work environment occur, but there was not much importance, due to several factors, mainly cultural. There were times when, although they occurred, they did not receive this treatment and even the nomenclature was not known. In this scenario and with a view to change, the people who guard the collective and hierarchical work environments must eradicate this evil that occurs much more frequently and with far more serious consequences than one can imagine. To this end, the legislative and judicial powers are raised, especially this one that will give the last word of its occurrence or not, since some positions may not be considered “harassing”. Thus, the analysis of each case is essential, because depending on the severity it can even be considered a crime and others a regular

posture in the business environment, as a mere rule of the game.

KEYWORDS: Harassment; bullying and sexual harassment.

INTRODUÇÃO

Não é de hoje que casos de importunação, moral e/ou sexual no ambiente de trabalho ocorrem, porém não se dava tanta importância, por diversos fatores, principalmente culturais. Viveu-se épocas que, embora ocorressem não recebiam este tratamento e sequer a nomenclatura era conhecida. Era o que se poderia facilmente constatar com o trabalhador das décadas de 60, 70 e 80. Todavia, os casos foram se avolumando e com repercussões preocupantes, estendendo-se para além das portas das empresas e escritórios e até no âmbito dos poderes da Administração Pública¹, atingindo até outras esferas, como a saúde do trabalhador.

Neste sentido o objetivo geral deste artigo é trazer à tona um problema sério, constrangedor e ao mesmo tempo delicado, podendo até se transformar em patológico, com foco nas situações mais comuns, demonstrando que, enquanto há comportamentos que em nada têm de ilícitos, outros se revestem de crimes, fazendo com que o empregado adquira até doenças ou sequelas, além da consequência mais comum que é a perda do emprego, afetando seu orçamento pessoal ou familiar, sendo neste último caso, uma consequência que atinge outras pessoas.

OBJETIVO

Os objetivos específicos são alertar e como se proceder em ambientes coletivos e hierárquicos com vistas à erradicação desse mal que ocorre com muito mais frequência e com consequências muito mais graves do que se pode imaginar.

O problema de pesquisa que se levanta é: será que prática de condutas que podem vir a ser ou não consideradas “assediadas” diante da atual conjuntura brasileira? A hipótese que se levanta é que sim, transformando isso em um problema jurídico.

A justificativa é analisar posturas do superior hierárquico que podem ser confundidas como condutas ilícitas ou de extremo rigor quando, na verdade, trata-se de uma postura regular no meio empresarial, como mera regra do jogo.

A metodologia utilizada no presente artigo foi a revisão de literatura em livros, artigos, com bases acadêmicas e jurisprudenciais a partir da edição da nova Constituição Federal (outubro, 1988) com a seleção das palavras “assédio”; “assédio moral” e “assédio sexual”.

1 Na Câmara dos Deputados foi aprovado um projeto que muda o seu Regimento Interno criando um comitê para receber denúncias de assédio sexual e moral contra parlamentares e servidores da Casa. Caso haja fundamento na denúncia, a Procuradoria encaminharia uma representação à Mesa Diretora da Casa, a quem caberia decidir sobre levar ou não o caso ao Conselho de Ética, desde que se trate ser um parlamentar; se o acusado for servidor, ficaria sujeito a responder a um processo administrativo.

REVISÃO DE LITERATURA

Assédio moral

Assédio Moral é o nome que se dá a uma série de atos tendentes a tornar a vida do trabalhador um verdadeiro tormento, aflição, um martírio, utilizando-se de ações agressivas de caráter psicológico. Observa Alvarenga (2018, p. 39) que o “ser humano, ao trabalhar, busca não apenas, e tão somente, a sua sobrevivência. Procura, também, realizar-se como pessoa, alcançar consideração e respeito à sua dignidade”.

Tecnicamente, assédio moral consiste em expor habitualmente e de modo prolongado trabalhadores a situações aviltantes, degradantes e sobretudo vexatórias perante os demais, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas atividades profissionais. Chegam a ser condutas desumanas, carentes de ética e respeito, de um ou mais superiores hierárquicos, dirigidas a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e psicologicamente comprometendo a sua atuação profissional.

Geralmente, esse comportamento força a vítima a desistir do emprego ou, quando assim não procede, a mesma pode ser demitida por desídia, insubordinação ou outra falta grave, seja por perseguição, algum outro interesse ou por puro sadismo do superior. Observa-se que há quem até se utilize deste expediente para aumentar a produção. Guedes (2003 apud WYZYKOWSKI, 2014, p. 119) leciona rapidamente neste sentido:

Com efeito, estamos tratando daquelas atitudes humilhantes, repetidas, que vão desde o isolamento, passam pela desqualificação profissional e terminam na fase do terror, em que se verifica a destruição psicológica da vítima. As razões de natureza pessoal podem ser a inveja que um colega desperta em outro ou podem revelar uma forma de o chefe esconder sua limitação intelectual ou profissional. Mas existe ainda aquela espécie de assédio moral desencadeada pela própria empresa que acredita nesse tipo de perversão, seja para aumentar a produção, seja para se livrar daqueles empregados incômodos.

Ocorrências mais comuns coletadas de modo informal na sociedade e decididas nos tribunais brasileiros são (THOMÉ; SCHWARZ, 2014):

- fazer constante juízo depreciativo do funcionário e de seu trabalho, chamando-o de “burro”, “incapaz”, “ignorante”, entre outros termos pejorativos e tratamento jocoso (atribuir-lhe apelido relacionado com pessoa ou coisa); acusações, insultos, gritos, e indiretas;
- revista íntima;
- sonegar tarefas ao empregado para que ele se sinta inútil;
- delegar atividades incompatíveis com a contratação do funcionário para humilhá-lo perante os demais ou totalmente desnecessárias;
- fazer brincadeiras depreciativas com características do trabalhador ou com sua raça, cor, etnia, religião ou orientação sexual;
- estabelecer metas claramente inatingíveis;

- não fornecer, propositalmente, materiais necessários ao desempenho das atividades laborais só para que o empregado venha a sofrer quando realiza-las;
- impor carga de trabalho excessiva, injustificadamente;
- Com as mulheres: proibir a fala, interditar a fisiologia, controlando tempo e frequência de permanência nos banheiros.
- Com os homens: atingem a virilidade, preferencialmente.

Cumpra observar, desde já, que uma discórdia esporádica no ambiente de trabalho não caracteriza assédio moral.

Lei Específica Trabalhista

Não existe uma lei trabalhista específica para coibição e punição àqueles que praticam o assédio moral. No entanto, na Justiça do Trabalho tal conduta, se caracterizada, toma outros contornos, motivando ser compensado financeiramente por danos morais e físicos, valendo-se para tanto dos princípios de natureza cível, além de autorizar, com tal comportamento, o empregado a deixar o emprego e pleitear a rescisão indireta do contrato, tudo somado à indenização que faz *ius*. Há, portanto, a utilização do artigo 483 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT):

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

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- e) praticar o empregador, contra ele ou sua família, ato lesivo da honra e boa fama.

Acerca da *quantificação* do dano moral, tendo em vista a ausência de previsão legal no que tange à critérios fixos e precisos, fica o arbitramento do valor a cargo do magistrado, mas sempre atento ao binômio *extensão do dano* e a *condição econômica*, tanto do lesado, como o lesante, buscando-se, inclusive, desdobrar para os danos materiais, conforme leciona Alvarenga (2018, p. 51):

Podem, desse modo, a título de indenização por dano material, ser postulados em juízo: o reembolso do tratamento psiquiátrico, ou psicológico, que a vítima tenha feito para superar o trauma e a perda de autoestima, e os quadros de ansiedade e angústia, assim como dos remédios receitados em decorrência dessas terapias, como os antidepressivos, calmantes etc., [...] e com pagamento a ser determinado enquanto durar a recomendação médica, de outros utilizados em caráter crônico em decorrência de quadros clínicos decorrentes da tensão, como gastrites, problemas cardíacos, males da coluna etc.

Desse modo, a complexidade recai tão somente na quantificação, com um caráter compensatório e punitivo, razão pela qual a necessidade de se trabalhar com o art.

944² e seguintes do Código Civil. Esses parâmetros civis informam o caminho que o juiz deverá percorrer a fim de se ter uma fixação justa, já que a subjetividade e a sensibilidade do magistrado serão fundamentais nessa fase.

Ainda no assunto sobre o valor da indenização, a Lei 13.467/2017 trouxe novas regras a fim de se dar mais parâmetros quando ao modo e valores das indenizações. A partir de então, a remuneração do empregado e a intensidade da conduta obrigatoriamente integrarão o cálculo, da seguinte forma:

- três vezes (3x) o último salário, se leve;
- cinco vezes (5x) o último salário, se média;
- vinte vezes (20x) o último salário, se grave.
- Cinquenta vezes (50x) o último salário, se gravíssima.

Ainda sob o jugo da lei supracitada, o Juiz considerará, nos termos do art. 233-G:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

Todavia, cumpre observar que há críticas ferrenhas no sentido de se utilizar de forma meramente aritmética o cálculo atual, demonstrando um retrocesso, pois não se leva em conta a dimensão do dano para o lesado, dependendo de quem for e quanto for sua remuneração, podendo se ter indenizações menores para cargos inferiores ou seja: um membro ou órgão de um Diretor terá mais valor do que o mesmo membro ou órgão do

2 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

empregado inferior numa hipótese de sofrerem o mesmo acidente.

Punição Penal

No âmbito penal compete observar que, agora, tratam-se de figuras legislativas criminosas, não mais meros ilícitos com implicações trabalhistas e civis. Destacam-se os mais comuns:

Difamação: Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

[...]

Injúria: Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

[...]

Constrangimento ilegal: Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

[...]

Ameaça: Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Tipos de assédio moral

Vale esclarecer ainda que o assédio moral pode ser cometido tanto por um superior quanto por outro colega da mesma hierarquia ou até mesmo de um inferior para o superior. Apontam Cataldi (2015, p. 116), Muçouçah (2014) e Silva (2012):

I - Assédio moral VERTICAL

(a) Descendente: ato ser praticado pelo empregado hierarquicamente superior, com intuito de atingir o seu subordinado. O mais comum, ocorrendo de cima para baixo.

(b) Ascendente: O agente desse tipo de assédio é o funcionário, que de alguma maneira coage o seu superior hierárquico. A violência neste tipo é de “baixo para cima”.

II - Assédio moral HORIZONTAL

É aquele praticado entre sujeitos que estejam no mesmo nível hierárquico, sem nenhuma relação de subordinação entre si. Normalmente alimentado pela rivalidade e competição, excessivo, entre os empregados da mesma empresa.

III - Assédio moral MISTO

O assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o horizontal e a vítima. Ocorre quando o assediado é atingido por «todos os lados», sofre abusos tanto dos seus superiores quanto dos companheiros (PAMPLONA FILHO, 2006).

Por derradeiro, cumpre observar algumas situações já decididas por nossos tribunais (THOMÉ; SCHWARZ, 2014) que não configuram o assédio moral, tais como situações não habituais (eventualidade), exigências profissionais interligadas ao contrato de trabalho celebrado entre as partes como metas a serem atingidas e prêmios por desempenho, remanejamento do empregado fora do domicílio do empregado por necessidade da empresa e ambiente de trabalho modestos, que não estejam completamente bem estruturadas.

Assédio Sexual

Embora contendo mesma objetividade jurídica do assédio moral que é a proteção ao subordinado nas relações de trabalho contra as investidas de seu superior, agora, todavia, o intuito do agente não é mais a humilhação e sim *vantagens sexuais*, com tratamento penal na categoria de *crime*.

São manifestações explícitas ou implícitas, claras ou sutis, constantes, de cunho sensual ou sexual, sem anuência da vítima, nas mais variadas formas de exteriorização como piadas, comentários constrangedores, carícias ou pedidos de favores sexuais indesejados, tudo atrelado à intimidação, ameaças, represálias, impedimento de promoção, demissão e outras injustiças em caso de recusa.

Disposto no Código Penal no art. 216-A, incluído pela Lei nº 10.224 somente em maio de 2001, assim dispõe:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Análise do tipo penal

Objeto jurídico do crime de assédio sexual é a liberdade sexual relacionada ao ambiente de trabalho, possuindo por sujeitos do delito, *ativo*, homem ou mulher que se encontre na posição de superior hierárquico ou de ascendência em relação à vítima, decorrente do exercício de emprego, cargo ou função e *passivo* também homem ou mulher que estiver ocupando o outro polo dessa relação hierárquica ou de ascendência, em posição de subalternidade em relação ao agente.

Três elementos que integram o delito:

- (1) a conduta de constranger alguém;
- (2) com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual;
- (3) devendo o agente prevaler-se de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.

Conduta típica é compelir, coagir, obrigar ou forçar a vítima a fazer ou não fazer algo. A própria palavra “assédio” tem o significado de importunar, molestar, com perguntas ou pretensões insistentes, que pode ser realizado verbalmente, por escrito ou gestos, devendo esta ameaça sempre estar ligada ao exercício do emprego, cargo ou função, rebaixando a vítima de posto ou piorando sua situação na função, colocando-a em lugar pior de trabalho, mas tudo estar vinculado a essa relação hierárquica ou de ascendência, como determina a redação legal e com vistas a favores de ordem sexual.

PODE ou NÃO ser Assédio Sexual

Algumas situações praticadas no cotidiano e coletadas na sociedade são tormentosas para análise de tipificação ou não do crime em estudo, devendo ter muita sensibilidade o julgador na hora de analisar o caso em concreto, pois pode-se levar ao erro de enxergar crime quando na realidade a intenção do agente foi outra. Abaixo algumas situações mais comuns (NUCCI, 2018):

- **Superior apaixonado:** o propósito do sujeito era uma relação estável e duradora e não apenas simples favorecimento sexual;
- **Relação entre professores e alunos:** questão discutível entre os doutrinadores sobre a existência ou não de ascendência hierárquica entre professor e aluno, entendendo alguns (maioria) não haver tipificação por ausência do vínculo de trabalho. Todavia há quem entenda (minoria) que é possível a ocorrência de crime tendo em vista a relação de Direito Administrativo que ocorre entre eles, existindo um plano de subordinação.
- **Líderes religiosos e fiéis:** líderes religiosos (padres, pastores, etc.) desfrutam do respeito dos seus fiéis em razão da fé religiosa que depositam neles, mas não há entre eles relação de emprego, cargo ou função.

Nota-se, portanto, que não é tarefa fácil cultivar um ambiente saudável e prazeroso

nas relações de emprego, pois são muitas as variáveis a serem consideradas a fim de se atribuir licitude ou ilicitude naquela conduta ocorrida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, não é tarefa fácil identificar onde está o problema, se no superior ou no empregado, a fim de vivenciar momentos genuinamente profissionais e agradáveis sem se utilizar de meios dissimulados, quer para ofender ou humilhar, quer para favores sexuais.

Alguns doutrinadores apontam como solução a criação de leis, outros aumentando a pena ou as indenizações fazendo doer no “bolso”. Outros, ainda, sustentam a adoção de medidas preventivas, de caráter educacional, como ministração de cursos e até a adoção de um código de ética. Outros mais, ainda, entendem tratar-se de uma questão de caráter e personalidade e, assim, nenhuma destas “soluções”, aparentemente, são suficientes para “cortar o mal pela raiz”.

Porém, entendemos que o alvo deve ser o respeito e dignidade que todos os seres humanos têm que guardar e observar quando do trato social. É a observância e respeito à dignidade da pessoa humana que faz toda a diferença, tornando-o merecedor do respeito e consideração dos outros seres humanos, seja lá qual for o ambiente que se está inserido e qual a posição hierárquica entre eles.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Reforma Trabalhista: impacto e aplicação da Lei n. 13.467, de 2017**. São Paulo: LTr, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração público (art.s. 213 a 359H)**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CATALDI, Maria José Giannella. **Stress no meio ambiente do trabalho**. 3. ed. Brasil LTR, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, volume 3**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 12. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Assédio Moral Coletivo nas Relações de Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: volume 3: parte especial arts. 213 a 361 do Código Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções Conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. In: Revista LTr, São Paulo, v. 70. n. 9, p. 1079-1089, set. 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Érica Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano moral na dispensa do empregado**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio Moral No Ambiente De Trabalho**. Brasil: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2012.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. **O Assédio Moral no Trabalho**. São Paulo: LTr , 2013.

THOMÉ Candy Florencio; SCHWARZ Rodrigo Garcia. **Sentenças Trabalhistas Seleccionadas: abuso de poder, assédio moral, assedio sexual e violência no trabalho**. v. 2. São Paulo: LTR, 2014.

WZYKOWSKI, Adriana. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2014.

HIGH COST OF ORGANIZATIONAL MORAL HARASSMENT FOR COMPANIES WHO PRACTICE IT

Data de aceite: 03/08/2020

Marlene Valerio Dos Santos Arenas

<http://lattes.cnpq.br/8128320325296768>

<https://orcid.org/0000-0003-2952-6148>

Miguel Angel Arenas Rubio Filho

<http://lattes.cnpq.br/1939404081290037>

Diego Alexis dos Santos Arenas

<http://lattes.cnpq.br/3068474554652872>

Rosália Maria Passos da Silva

<http://lattes.cnpq.br/6805976807837455>

Miguel Angel Arenas Rubio

<http://lattes.cnpq.br/0711762036589797>

ABSTRACT: The purpose of this article is to identify the most relevant court decisions in the second instance, in order to verify the amount of convictions applied by the Regional Labor Courts to companies that practice organizational or collective moral harassment as a form of management, also called stress management. It also seeks to assess what types of bullying practices and whether there has been a repeat offense. For that, an exploratory research was carried out, with online documentary analysis, quali / quanti, from 2006 to 2016. In order to study the theme, the research was conducted at <http://liber.advisebrasil.com.br> / liber, which stores the publication of the sentences issued

in second degree of all courts including the 24 Regional Labor Courts. We used search filters for public civil action, second-degree sentences, type of organizational harassment practices. It was found that the convicted companies were convicted of various harassment practices, such as aggressive management by shouting, swearing, pejorative nicknames, subjecting workers to vexatious situations in public, abuse in the demands of unattainable goals, accomplishment of tasks above or below capacity, retaliate against strikers, prevent workers from striking, racial discrimination, aesthetics, pregnancy and homosexuality, prejudice, employee isolation, threats of dismissal, forcing an employee to resign, using subterfuges to find fault in the work of the employees, persecution of the workers, intimate magazines, to prevent the worker from taking water or use of the bathroom, to maintain work environment in unhealthy conditions and with risks of illnesses and accidents at work. There was a recurrence in the practice of aggressive management, demonstrating that the value of condemnation of pedagogical-punitive character, did not have an effect, in the case of large drink companies and financial institutions.

KEYWORDS: Organizational harassment. Directive power. Abuse.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo identificar as sentenças prolatadas em segunda instância mais relevantes, a fim de verificar qual o montante das condenações aplicadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, às empresas que praticam assédio moral organizacional ou coletivo, como forma de gestão, também chamadas de administração por estresse. Visa também verificar quais os tipos de práticas de assédio moral e se houve reincidência. Para tanto, fez-se uma pesquisa exploratória, com análise documental on line, quali/quantitativa, no período de 2006 a 2016. A fim de estudar o tema, a pesquisa foi realizada no site <http://liber.advisebrasil.com.br/liber>, que realiza a publicação das sentenças prolatadas em segundo grau de todos os tribunais inclusive dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho. Utilizou-se filtros de busca por ação civil pública, sentenças de segundo grau, tipo de práticas de assédio moral organizacional. Verificou-se, que as empresas condenadas foram condenadas por várias práticas de assédio moral, como gestão agressiva por gritos, xingamentos, apelidos pejorativos, por submeter os trabalhadores a situações vexatórias e ridicularizações em público, abuso na cobrança de metas inatingíveis, realização de tarefas acima ou aquém da capacidade, retaliação a grevistas, impedir que trabalhadores aderissem a greves, discriminação racial, estética, gestantes e homossexualidade, preconceito, isolamento de empregado, ameaças de demissão, forçar empregado a pedir demissão, uso de subterfúgios com intuito de encontrar falhas no trabalho dos empregados, perseguição aos trabalhadores, revistas íntimas, impedir o trabalhador de tomar água ou uso de banheiro, manter ambiente de trabalho em condições insalubres e com riscos de doenças e acidentes laborais. Houve reincidência na prática de gestão agressiva, demonstrando que o valor da condenação de caráter pedagógico-punitivo, não surtiu efeito, no caso de grandes empresas de bebida e instituições financeiras.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio organizacional. Poder diretivo. Abuso.

1 | INTRODUCTION

This article deals with private organizations convicted in public civil action, through denunciation by the category union, for the practice of organizational moral harassment. Convictions by the judiciary aim at a pedagogical-punitive character, as a form of combat to this type of aggressive management.

Everyone knows that the employee is the disadvantaged part of the work relationship, and there are employers who opt for a more aggressive management, in addition to various types of abuse such as restraint in the time of use of the bathroom, video cameras installed in bathrooms in department stores, vexatious situations that are submitted to sellers when they do not reach goals often unattainable, gender, color, sex, religion, among others.

Since the enactment of Constitutional Amendment (CA) 45/2004 in its art. 114, which defined that the Labor Court is competent to assess damages for material and moral damages in remedial actions that enter the Labor Judiciary. In cases of proven organizational

or collective moral harassment, the convictions are high values, but proportional to the economic and financial conditions of the condemned company, not to bring about the closure of the same, or even the unemployment of many employees. Is the value applied in condemnations of a pedagogical-punitive nature for companies that have management style as organizational moral harassment really having an effect?

Its purpose is to identify the most relevant sentences in the second instance, in order to assess the amount of convictions in the period from 2006 to 2016 and if there was repeated offense, and the types of practices of these convicted organizations. To study the topic, the research was conducted at <http://liber.advisebrasil.com.br/liber>, which publishes the decisions of all courts, including the 24 Regional Labor Courts.

In order to meet the objective, the sentences were analyzed considering the following aspects: public civil action, second degree sentences, type of practices of harassment, organizational or collective harassment.

This article is structured in four sections, including this introduction. Following is the theoretical reference with the contextualization of organizational moral harassment and public civil action, followed by a description of the methodological procedures used, analysis of the results and finally the final considerations.

2 | THEORETICAL REFERENCE

2.1 Contextualizing organizational moral harassment

In order to keep up with changes in the economic context, organizations are looking for more flexible hierarchical compositions, organized in networks, with a focus on projects and temporary contracts, to respond quickly to market demands and maintain competitiveness standards (ARENAS, 2013).

According to Eberle; Soboll; Cremasco (2009) we live in a reality of work in which “there is no long term”, in which the market is governed by an impatient capital, that demands fast return, it reaches the relations and the social bonds, corroding the trust, the loyalty and mutual commitment.

Barreto (2006) goes on to say that the reflexes of these changes in the ways of producing and organizing work marked the last two decades of the last century, bringing, among other consequences, the breaking of social rights, reforms in the labor contract, outsourcing and quarantine, growth of the informal sector, increase of underemployment, precariousness of labor, massive unemployment and increase of urban misery. The repercussions on workers’ lives were immediate, demanding more technical efficiency, competitive and aggressive spirit, flexibility and multi-functionality, restructuring and the consequent downsizing of the business machine began to demand more work with fewer people.

The demands imposed on the workers grow, such as excellence in quality, commitment to achieve it, overtime, production quotas to be achieved, more creativity in solving problems, increasing the pace, more productivity without offering adequate conditions. Soboll (2008) comments that the sale of products is marked by abusive goals, increasing and unrealistic in relation to the market, determined without the participation of the workers, imposing extreme dedication to reach, at times, at almost unattainable levels.

Even with the technological advance, the new work organization did not bring the announced end of the hard work; on the contrary, inequalities and social injustice, and forms of suffering that are qualitatively more complex and subtle, especially from the psychic point of view, have been accentuated, thus removing from work their ontological character as a promoter of well-being and way of constructing history individual, social identity and, mainly, source of pleasure and personal growth (ARENAS, 2013).

Heloani (2004) argues that when a dose of moral perversion is encouraged by harmful organizational practices it can easily lead to a process of moral harassment. According to Soboll (2008) inhuman and inappropriate strategies are used in group management, with offensive words, shouts, curses, relegations and contempt. In these cases there is a formal abuse of power, which is often repeated at all hierarchical levels.

The prospect is that individuals will survive in the labor market, surpassing themselves, becoming increasingly competitive and efficient than peers or competitors, pushing for individualism. This competitiveness according to Dejours (2006) instigates the banalization of unfair behavior among co-workers. For Hirigoyen (2005) when they are pressuring us, charging, treading, we forget the other as a person, we no longer have to let ourselves be emotionally involved, there is no space, and rare expressions of companionship, solidarity and appreciation of others .

According to Dejours (2006), the machinery of the “economic war”, which does not represent military equipment but competitiveness, is only effective because people who are subjected to it and those who are not able to fight in this “economic war” are dismissed from the companies or pressured to resign. Freitas (2001) explains that some organizations use various tactics or techniques to force people who are considered to be unwanted or have no great contribution to make, in order to overcome them by fatigue and cause them to resign. This is the kind of practice used to cut costs and has occurred quite frequently, especially in cases of mergers and acquisitions, where certain tasks and positions are duplicated. It is also very common to use the quarantine or freezer tactic or symbolic death by means of simple facts to destabilize, taking the person’s table or chair to sit, reinforcing their uselessness (HIRIGOYEN, 2005; GUEDES , 2008).

The manipulation and domination behaviors adopted by some managers, in the form of threats of punishment, damages, exclusion and dismissal, contribute to the emergence or maintenance of fear, and even anguish, in work environments (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009). It has a management strategy effect in formatting the

workers' collective, providing submission and adherence to organizational objectives, without questioning (SOBOLL, 2008). This fear is permanent and leads to obedience and submission (DEJOURS, 2006). They are used by organizations and management to achieve their interests, such as control, submission of workers, increase of productivity, acceleration of work, causing workers to submit fearful of not complying with company requirements, being fired, etc., increases the control of the subjectivity and conduct of workers by the company (EBERLE; SOBOLL; CREMASCO, 2009).

Einarsen (2000) describes organizational harassment as situations in which managers, individually or collectively, reinforce perceived organizational structures and procedures as oppressive, degrading, humiliating, and when frequent and persistent, reach many workers simultaneously. Dejours (1987) states that fear is also an instrument of social control, and is used by management as a real lever to make work work, to achieve productivity goals. Fear serves productivity, for the fear of losing employment makes workers especially sensitive and attentive to any anomaly, any incident in the development of the production process.

Eberle, Soboll and Cremasco (2009) explain that the instrumental use of fear occurs in a context of superficial relations, with a predominance of individualism and lack of solidarity, favoring the occurrence of abuse and disrespect, including practices of interpersonal and / or organizational structure. Hirigoyen (2005) emphasizes the fundamental role of fear in the practices of bullying as an indispensable motor, because it is out of fear that one becomes violent, adopts hostile and even aggressive behaviors in the sense of attack before being attacked. He shows panic at the thought that someone can prove to be better than taking his position or replacing him (Guedes, 2008). The managers' fear is that their own difficulties become apparent, that this is attributed to their incompetence, that their colleagues use this information against them, that it will serve as an argument to include them in the next list of layoffs (DEJOURS, 2006).

Dejours (2006) argues that managers, through their own experience of fear, know that, with the threat of dismissal, they can intensify the work of the operators, allied to competition between job seekers, between new and old, more fierce. Hirigoyen (2005) states that in the face of the ghost of unemployment and the increase of psychological pressures, mainly related to management practices, fear became a determining factor and a permanent tension between the workers and their hierarchical level, with the risk of losing everything at any time and being fired if it is not considered productive or adapted.

The workers are coerced to obtain great results in their individual evaluations and fulfillment of goals, constant overcoming, with this creates in the organization a climate of competitiveness and rivalry between them. Dejours (2007) believes that this competitiveness and competition, when associated with the threat of unemployment, provokes radical changes in social relations in the work environment.

2.2 Public civil action and the public ministry of labor

The performance and institutional function of the Public Prosecutor's Office (PPO) is foreseen in the 1988 Constitution, Articles 127 to 129, as well as Complementary Law 75/1993 in articles 83 to 85.

In Articles 83 to 84 of Supplementary Law 75/1993, it has, besides the competence of the Public Prosecutor's Office, a non-exhaustive list of the attributions of the same to the organs of Labor Justice, since it is extensive, in view of the provisions also in articles 6 to 8º.

Among other functions of the Public Prosecutor's Office foreseen in art. 129 of the Federal Constitution and art. 83 of Complementary Law 75/93 is to promote the Public Civil Action (PCA), to defend collective interests, when disrespected the constitutionally guaranteed social rights.

The public civil action can be promoted by the PPO based on denunciations of the unions of the categories to defend workers' individual and social interests, the environment of the work or the condition of its associates, affected by the noncompliance with the law on working conditions, when not resolved administratively between the PPO and the company.

The public civil action is used by the PPO in the defense of diffuse and collective interests, according to what is foreseen in art. 129, item III of the Federal Constitution and Complementary Law 75/1993, which aims to fulfill the obligation to do or not do, in order to restore the injury to the diffuse, collective or individual right.

To Milk (2010, p. 1201) the civil action "may have preventive or reparatory, damning, constitutive, declaratory or writ, given that its object is always the protection of any diffuse interest, collective or homogeneous individual."

In the case of compensation for collective moral damages, the conviction of the company that did not comply with the law on working conditions is particular. Zanetti (2009, p. 97) states that the character of the penalty is reparation and that reparation is "intended for a third party who suffered nothing and had no bond with the aggressor."

When the damage or injury can not be remedied, compensation is sought in pecunia. This compensation for the conviction is not directed directly to the injured workers, but to a specific fund, which in most of the decisions are issued to the Workers' Assistance Fund (WAF), the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDR), Cancer Hospital or some nonprofit entity in the county or state.

Usually these convictions are of exacerbated values with the sole intention that condemnation serves as an example for society as a way to prevent further unlawful conduct, for both a convicted company and other companies. Usually has a "pedagogical", in some situations has a punitive function, to inhibit the practice, or to end the omission, in other words, it is a question of penalizing in the future not to repeat such conduct again.

In the legislation there is no clear definition of the destination of the condemnation values, and can be reverted to a non-profit institution of the state or municipality, being at the discretion of the judge. Araújo Maltz (2013) opposes the allocation of the values of corporate conviction to the FAT, since it understands that pecuniary compensation as collective moral damages should be assigned to the affected community and when the indemnity goes to the FAT, it is not effectively therefore does not occur fairly and efficiently. When the pecuniary portion is directed to the FAT, the condemnation imposed on the offender is not reverted to the affected collective, on a motorcycle that the injured assets and interests are not repaired.

3 | METHODOLOGICAL PROCEDURES

To better understand the criteria used in this exploratory research that according to Martins e Silva (2005) constitutes an attePPO to describe and make predictions through information obtained in the research, and are intended to provide support to support the theory or not.

The methodological procedures that were used are described in Table 1, indicating the typology for the theoretical-empirical investigation of the research:

Procedures	Description
Field of Science	It is an applied social research, belonging to the field of interdisciplinary science between administration and law.
Bibliographic research	Study of publications dealing with the problem of moral harassment, particularly those works that address different aspects of the phenomenon, and the legal issue.
Documentary research	Analysis of the current legal and infralegal legislation, which may frame the conduct of organizational moral harassment; on-line documentary analysis of sentences handed down by the 24 TRTs.
Research on the Internet	Quantitative and qualitative data referring to the pertinent sentences, proclaimed by the 24 TRTs, through the site http://login.advisebrasil.com.br/liber accessed from May 9, 2016, from 2006 to 2016.
Qualitative research	The qualitative approach aims to understand and interpret elements, motivations, non-quantifiable behaviors.
Quantitative research	The approach aims to identify the quantification of the information collected.
Data analysis	Analysis and interpretation of the quantitative and qualitative data collected regarding the recording of phenomena and observation of the object.

Table 1: description of methodological procedures.

Source: Elaborated by the authors.

In this article the methodological procedures are divided into two stages: in the first stage, the judgments judged in the second instance were analyzed on the practice of aggressive management by moral harassment, limiting the study to the period from 2006 to 2016, shown in Table 2, and the second the analysis of the data obtained:

Discrimination	Description
Technique	The term sought in the sentences were “organizational moral harassment” or “collective harassment”, “public civil action”
Reasons for the choices	The judgments that explicitly presented the searched terms were chosen, at the initiative of the Public Prosecutor’s Office for denunciation or initiative actions of the unions of the categories, which were directly related to the study.
Classification of sentences	Each sentence containing the terms was read, checked the value of the conviction, type of management practiced, the region and the identification of the convicted company, and recidivism.

Table 2: Summary of the technique used in sentence analysis

Source: Elaborated by the authors.

4 | DATA ANALYSIS AND RESULTS

Of a total of 51 actions published on the site of initiative of the Public Prosecutor’s Office, by denunciation or initiative actions of the unions of the category, which had direct relation with the focus of this study “organizational moral harassment or” collective harassment “,” public civil action. “

Of the total number of judgments analyzed in the second degree, four were considered unfounded and 47 were considered proceeds. Of the judgments analyzed, the companies appealed to higher courts, and two (2)% of the sentences were amended with a reduction in value, while maintaining the conviction, and the other sentences were maintained, with a “pedagogical-punitive” character.

From the judgments considered appropriate, the convictions have values considered high, by the practice of aggressive management, shown next in Table 3:

DATE	COMPANY	STATE	VALUE
2016	BANCO BRADESCO	RN	1.000.000,00
2016	BANCO BRADESCO E O BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA	AL	5.000.000,00
2016	HSBC BANK BRASIL S.A	RJ	3.000.000,00
2016	SATTE ALAM VEÍCULOS E PEÇAS LTDA	RS	50.000,00
2016	PETRO ITA TRASPORTES COLETIVOS DE PASSAGEIROS LTDA	RJ	100.000,00
2016	RANDON S/A IMPLEMENTOS E PARTICIPAÇÕES, FRAS-LE S/A E SUSPENSY S SISTEMAS AUTOMOTIVOS LTDA	RS	200.000,00
2015	BARRY CALLEBAUT	BA	500.000,00
2015	SBF COMÉRCIO DE PRODUTOS ESPORTIVOS LTDA, DETENTORA DAS LOJAS CENTAURO	MG	300.000,00
2015	ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA CARLOS TRANCOSO, NAZA PEREIRA E ASSOCIADOS	RO	400.000,00
2015	BANCO DO BRASIL	DF/TO	600.000,00
2015	PROSEGUR BRASIL S.A. - TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA	RN	700.000,00
2015	HOSPITAL SARAH	MA	300.000,00
2015	AMBEV	AL	150.000,00

2015	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (ECT)	DF	1.000.000,00
2015	COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ E A COMPANHIA PIRATININGA DE FORÇA DE LUZ, DO GRUPO CPFL	SP	12.000.000,00
2015	BANCO SANTANDER S/A	RJ	500.000,00 + UM salário mínimo a cada substituído
2014	BANCO SANTANDER S/A	AL	400.000,00
2014	LINKNET TECNOLOGIA E TELECOMUNICAÇÕES	DF	2.000.000,00
2014	CALCADA EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A	RJ	5.000.000,00
2014	ATENTO BRASIL S.A. - EMPRESA QUE ATUA NO SETOR DE TELEMARKETING E CALL CENTER -	DF/TO	1.000.000,00
2014	LOJAS CITY LAR	AC	500.000,00
2014	LOJA DA RIACHUELO	AL	10.000.000,00
2014	CARREFOUR	PB	1.000.000,00
2014	BANCO DO BRASIL	BA	2.000.000,00
2014	KUEHNE+NAGEL SERVICOS LOGISTICOS LTDA., TRANSEICH ASSESSORIA E TRANSPORTES S/A		45.000,00
2014	EMPRESA OI - 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A	RO	325.000,00
2013	GRUPO JBS	MT	9.000.000,00
2013	VIAÇÃO VERDUN S.A	RJ	1.000.000,00
2013	RICARDO ELETRO	ES	300.000,00
2013	HSBC BANK BRASIL S/A – BANCO MÚLTIPLO E O HSBC SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.	RJ	2.500.000,00
2013	BRASIL KIRIN, DONA DAS MARCAS NOVA SCHIN E DEVASSA	SP	700.000,00
2012	CARREFOUR	DF	100.000,00
2012	AMBEV		50.000,00
2012	BANCO CENTRAL –		500.000,00
2012	ITAU	RJ	150.000,00
2011	SAMSUNG DO BRASIL	SP	10.000.000,00
2011	EMPRESA DE BEBIDAS RENOSA (ENGARRAFORA COCA COLA)	MT	300.000,00
2011	AMBEV	RJ	25.000,00
2011	WALMART	SP	140.000,00
2010	SAMSUNG	SP	10.000,00 por funcionário
2010	EXTRA HIPERMERCADO	MS	1.000.000,00
2010	RBS (AFILIADA REDE GLOBO NO RIO GRANDE DO SUL)	RS	300.000,00
2010	BANCO DA AMAZÔNIA S/A	SP	10.000.000,00
2009	AMBEV-COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS	MG	1.000.000,00
2008	UNIBANCO	RS	50.000,00
2006	AMBEV – COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS	RN	1.000.000,00
2006	AMBEV	RS	1.000.000,00

Table 3: Convictions imposed on companies that practice organizational moral harassment

Fonte: elaborado pelos autores

Analyzing the sentences that have been issued, it can be seen that the convicted companies extrapolated the executive power of the employer, either by action as a practice

and management philosophy, or by omission for not restraining the action of the managers of their managers.

In the sentences it is verified that 99% of the companies were condemned by several practices of organizational moral harassment, as shown in Table 4 below:

TYPE OF HARASSMENT	AMOUNT
The use of slang words when addressing employees, shouts, name-calling, pejorative nicknames such as “Neanderthal”, “imbecile”, “incompetent”, “tabajara administrator”, “dumb college”, “idiot idiot” “you’re a bitch?”, “troublemaker”, “credit freak”, slow, incompetent	22
Prejudice. “Ugly and stinky people”	1
Remuneration based exclusively on commissions to force to achieve goals, abusive demands to achieve goals	15
Public harassment and ridicule, such as “wearing t-shirts with derogatory phrases”, “threatened with dismissal,” were forced to “lie in a coffin” (which represented a dead professional), or forced to “dance alone” doing push-ups “in front of the others,” wearing diapers, wearing skirt, helmet with ox horns, colored wigs, lipstick.	15
Vexatious situations when the worker who did not meet the so-called “wrestling” goals were forced to serve pizza, in waiter’s clothes, to other employees who were able to achieve the goals and received the title of “full ball”, and subjected to degrading situations	7
The performance of services for which they are not qualified or short of their qualification, determination of removal of trash and loading buckets of water after working hours to carry out cleaning the next day.	
Vexatious situations with objects: “turtle trophy” and “lantern trophy”, “hanged rats and chickens” that were left on the tables or in the boardroom	2
The most productive were “rewarded” being forced to participate in festivals on farms with prostitutes, received “prostitute tickets”, and those who even being more productive, religious and did not want to participate were tied and forced to watch porn movie and witness “strip-teases.	1
Striking retaliation to strikers, decommissioning as a form of punishment for filing a lawsuit, preventing participation in strikes under threat of dismissal, thus preventing the fight for better wages and working conditions	3
Racial and aesthetic (with obese workers) discrimination, to the point of forcing the worker to lose weight saying that “customer does not like sloppy, fat person.”	4
Preventing the hiring of an indebted worker	1
Isolation of an HIV-positive employee, homophobic offenses such as “had a gay voice”, “homeless kid.”	2
Pregnant women in several of these companies became the main victims, interfering with the maternity leave of the maid days after delivery, pregnant women forced to stay in isolated rooms of other employees, without performing any assignment, in places with little ventilation and with distant toilets, with threats of dismissal after the legal deadline for return to activities and pregnant women coerced and suffered on board due to pressure.	4
Forced to work even sick, for fear of being fired, were constantly threatened with dismissal without just cause, to force the worker to accept contractual changes regarding the work day.	7
Reprimands with false motives, unmotivated or disproportionate to the misconduct, use of subterfuges in order to find flaws in the work of employees, unmotivated threats of dismissals, reprisals against those who did not comply with their treatment.	2
Persecution of workers with dissemination of inquiries, disciplinary administrative proceedings with unreasonable lengths on old and even investigated allegations	3
Insertion of pornographic magazines into employee handbags and belongings, acts that result in invasion of privacy and intimacy of female employees, as well as sexual assault on female employees.	2

Failure to comply with labor legislation, long working hours, excessive work hours that lasted up to 14 hours a day, or strenuous work, not granting paid rest every six days, reassignment of holidays, fulfillment of several tasks with too little time, payment of extra hours off the pay stubs.	8
Forcing workers to formally show their intention to leave the company, Forcing the worker to resign, to get rid of the costs of termination.	2
Transfer to workers the risk of enterprise ventures	3
Prevent workers from “taking water or going to the bathroom,” requiring supervisory approval so the worker can get up or go to the bathroom, impose pace and work system that required employees to dine and their physiological needs within vehicles strong car	3
Maintain working environment in unhealthy conditions, with the risk of contracting illnesses, risks of accidents at work, exposing workers to ammonia gas leakage, having lunch in a place without the minimum hygiene, exposed to insects from a dump, without personal protective equipment.	3
Employee isolation	3
Performing tasks above capacity or below capacity	4
Prevent communication between employees	2
Obliging employee to present the ICD (international classification of the disease) under threat of dismissal, discount of absences	1

Table 4: Harassment practices that led to corporate conviction

Source: elaborated by the authors

Analyzing the sentences that have been issued, it can be seen that the convicted companies extrapolated the directive power of the employer, either by action as a practice and management philosophy “management by stress, or by omission for not restraining the actions of those who exercise managerial positions, confirming the research done by Heloani (2004).

It is clear the disrespect for the dignity of the human person, imbricated with individual and collective moral damage, as well as the social value of work, provided for in the Federal Constitution of 1988 in its article 1, items III and IV, when it is verified in the sentences humiliating and vexatious actions that were submitted to the employees.

It is observed that the adoption of policies of aggressive management with constant use by the managers and managers of words of low slang when addressing the employees, shouts, curses, pejorative and prejudiced nicknames, reported and proven in the testimonies corroborate with the investigations of Soboll (2008) and Hirgoyen (2005).

It is noted in sentences the abusive demand to achieve goals. These goals are often unattainable, when the worker reaches them, new goals are established. The situations reported by the workers in the initial petitions and proven during the judicial process, corroborate the investigations carried out by Dejours (1987), Hirigoyen (2005), Soboll (2008) where in the group management the inhumane strategies for the collection of abusive and unreal goals.

The workers who did not reach the targets were subjected to discriminatory, humiliating situations and vexatious situations that had no limits. Even creating trophies and symbols

that were exposed in the sense of shaming the workers, because they were exposed on the tables and in the meeting rooms.

No less vexatious were the prizes to the most productive ones who were forced to participate in parties in chambers with prostitutes, received “prostitute card”, and accepted to participate, being tied and forced to watch pornographic film and to witness strip-teases.

It is noted in the statements evidences of retaliation against strikers , decommissioning as a form of punishment for filing a lawsuit, and forbidding employees to join strikes under threat of dismissal, thus preventing the fight for better wages and working conditions, hurting the fundamental and social rights provided for in articles 5 and 7 of the Federal Constitution.

In the research carried out in the sentences, the practice of harassment with women, homosexuals, blacks, obese, racial discrimination, regional, confirms previous studies by Freitas (2001).

The abuses of the directive power on the part of the companies with the intention to force the worker to resign are clear, in order to reduce the costs of the rescission. Harassment targeted at a specific group of workers, as in the case of pregnant women. These situations confirm the data found in the surveys of Freitas (2001), Hirigoyen (2005) and Guedes (2008).

Bankers reported and proved that they were forced to work even sick, for fear of being dismissed, were constantly threatened with dismissal without just cause, to force the worker to accept contractual changes regarding the work day, which corroborates the submission in the Eberle surveys, Soboll and Cremasco (2009).

Companies that used reprimands with false motives, unmotivated or disproportionate to the misconduct, use of subterfuges in order to find flaws in the work of employees, unmotivated threats of dismissals, reprisals against those who did not comply with their treatment, even dissemination of disagreeable lengths over old and even investigated allegations. These behaviors used by companies are manipulation and domination, contribute to the emergence and maintenance of fear, anguish, which confirm the research done, by Eberle, Soboll and Cremasco (2009), Dejours (1987), Hirigoyen (2005).

Constraints with intimate magazine on employee handbags and belongings, acts that deal with invasion of privacy and the intimacy of the employees, as well as invested of sexual nature on the maids women, causing embarrassment in the work environment.

Failure to comply with labor legislation is highlighted by non-observance of breaks, long periods of working hours, excessive working hours that lasted up to 14 hours a day, or strenuous, non-granting of paid rest every six days, relocation of taking over various tasks with too little time, transferring employees, requiring employees to perform services for which they are not qualified or short of their qualification, incurring illegality in the exercise of the directive power, clearly demonstrate the intention to harm the rights of workers, frontally wounding the labor rights and the obligation to maintain a healthy environment

guaranteed in the Federal Constitution.

In the protracted sentences, companies were convicted for preventing workers from “drinking water or going to the bathroom,” for forcing employees to eat their meals and their physiological needs in the wrong place. By keeping their working environment in unhealthy conditions, with the risk of contracting illnesses, risk of accidents at work, exposing workers to ammonia gas leakage, having lunch in a place without the minimum hygiene, exposed to insects from a dump, without protective equipment. Situations already reported in the surveys of Barreto (2006), Dejours (1987) and Hirigoyen (2005) in which workers submit for fear of unemployment.

The convicted companies inflicted on workers a veritable climate of horrors. In many sentences workers’ testimonials were classified as “shocking”.

In the statements of the workers, they verified the situation of collective harassment practiced by managers or managers, in which it was evidenced that they had full knowledge of the aggressive management and total connivance of the management of the company in the acts practiced.

In the judgments it clearly shows that companies have extrapolated the directive power, their regulatory power and direction of employee activities, allowing or practicing management that goes against the fundamental and social rights present in the 1988 Constitution.

The convictions although with high values were proportional to the economic and financial situation of the company, which even punctuating-pedagogical, shows that for some companies has not had an effect, since they are repeat offenders, as is the case of AMBEV, which was condemned in six public civil actions in different states, and continues with the same abusive practice of collecting goals, and subjecting employees to vexatious and humiliating situations.

Other companies also had the repeated conduct of collective harassment, and were twice convicted as Banco Bradesco, Banco Santander, Banco do Brasil, Banco HSBC and others.

The fine in almost 95% of convictions, the amounts were reverted to the Workers’ Assistance Fund (WAF) and the other amounts were reverted to the Fund for the Protection of Diffuse Rights (FDR) and the Nucleus for the Support of Childhood Cancer (NSCC).

5 | FINAL CONSIDERATIONS

The objective of this article was to show that the high cost of bullying has not prevented some companies from continuing in aggressive management, failing to achieve the pedagogical goal of inhibiting and preventing the practice of stress management

In the judgments it clearly shows that corporations have extrapolated the directive power, their regulatory power to govern the activities of the employees, permitting or

practicing a management that contradicts the fundamental and social rights present in the 1988 Constitution.

The high cost of convictions has not inhibited the recurrence of crime by some companies, which have maintained abusive targeting practices, and continued to subject employees to vexatious, humiliating and disrespectful labor laws.

REFERENCES

ARAÚJO MALTZ, T. **Formas Alternativas de Reparação ao Dano Moral**. Revista Direito Unifacs - Debate Virtual, 2013, n. 157

ARENAS, M. V. dos S. **Assédio moral e saúde no trabalho do servidor publico do Judiciário: implicações psicossociais**. 2013, 341f. Tese (Doutorado em Administração) _ Programa de Pós-Graduação em Administração. Escola de Administração. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jun 2016.

_____. **Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004** . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 04 de jun 2016.

_____. **Lei complementar 75, de 20 de maio de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 10 jun 2016.

EBERLE, A. D. et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira (Org.). **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: LTr, 2009.

BARRETO, M. **Violência, Saúde e Trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: EDUC, 2006.

DEJOURS, C. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho/Christophe Dejourn. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5ª. Edição Ampliada. São Paulo: Cortez – Oboré, 1987.

DEJOURS, C. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7ª.edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

DEJOURS, C. Psicodinâmica do trabalho na pós-modernidade. In: MENDES, Ana Magnólia; LIMA, Suzana Canez da Cruz; FACAS, Emílio Peres (orgs). **Diálogos em psicodinâmicas do trabalho**. Brasília: Paralelo, 2007.

EINARSEN, S. **Harassment and bullying at work: a review of the Scandinavian approach**. Aggression and violent behavior, vol. 5, n. 4.p. 379-401, 2000.

FREITAS, M. E. **Assédio moral e assédio sexual: faces do poder perverso nas organizações**. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 41, n. 02, p.08-19, / 2001.

GUEDES, M. N. **Terror Psicológico no Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008

HELOANI, R. **Assédio Moral: um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho**. Revista de Administração Eletrônica, São Paulo, v. 3, n. 1, Art. 10, jan./jun. 2004

HIRIGOYEN, M. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, G. A.; SILVA, R. B. C. **Plataforma Teórica-Trabalhos do 3º e 4º Congressos USP de Controladoria e Contabilidade: um estudo bibliométrico**. In: Congresso USP de Controladoria e Contabilidade, 5, São Paulo: 2005. Anais do Congresso USP de Controladoria e Contabilidade. São Paulo, 2005.

SOBOLL, L.A. P. **Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

ZANETTI, F. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**. São Paulo: LTr, 2009.

O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE: UMA NOVA CATEGORIA SOB O PRISMA COLETIVO E A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NESSAS RELAÇÕES

Data de aceite: 03/08/2020

Data da submissão: 02/05/2020

Ricardo Nogueira Monnazzi

Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Ribeirão Preto – SP
<http://lattes.cnpq.br/7467137276653019>

Felipe Freitas de Araújo Alves

Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Ribeirão Preto – SP
<http://lattes.cnpq.br/9528338303511232>

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Ribeirão Preto – SP
<http://lattes.cnpq.br/3710736362842934>

RESUMO: Versa o presente ensaio sobre como a reforma trabalhista trouxe mudanças significativas à Justiça do Trabalho, no que concerne as relações de trabalho individual. Para tanto, aborda-se O princípio da irrenunciabilidade, o trabalhador hipossuficiente e a aceitação da arbitragem no direito do trabalho, bem como os meios alternativos de resolução de conflitos na esfera trabalhista. Assim, com a reforma trabalhista surge uma nova figura de empregado: o hipersuficiente. Juntamente com este, surge a possibilidade

da arbitragem nos contratos individuais de trabalho, o que traz, em tese, maior celeridade em eventual demanda, visto que não haverá necessidade da intervenção estatal. Dessa forma, surge para o empregado hipersuficiente a disponibilidade e livre negociação dos seus direitos trabalhistas. Mediante a utilização do método analítico-dedutivo, e da instrumentalidade de livros, artigos científicos, leis, doutrina e jurisprudência aponta-se como se dará a utilização do procedimento arbitral na seara trabalhista.

PALAVRAS -CHAVE: Reforma trabalhista. Empregado hipersuficiente. Arbitragem.

HYPERSUFFICIENT EMPLOYEE: A NEW CATEGORY UNDER COLLECTIVE PRISM AND ARBITRATION AS A CONFLICT SOLUTION IN THESE RELATIONS

ABSTRACT: This essay deals with how the labor reform brought significant changes to the Labor Justice, regarding the individual labor relations. To this end, we address The principle of non-renunciation, the under-employed worker and the acceptance of arbitration in labor law, as well as alternative means of conflict resolution in the labor sphere. Thus, with the labor reform comes a new employee figure: the

hypersufficient. Along with this, there is the possibility of arbitration in individual employment contracts, which, in theory, brings greater speed in any eventual demand, since there will be no need for state intervention. Thus, for the hypersufficient employee the availability and free negotiation of their labor rights. Through the use of the analytical-deductive method, and the instrumentality of books, scientific articles, laws, doctrine and jurisprudence, it is pointed out how the arbitration procedure will be used in the labor field.

KEYWORDS: Labor reform. Hypersufficient employee. Arbitration.

1 | INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista, lastreada pela Lei 13.467/2017, trouxe consideráveis alterações no universo das relações laborais individuais, ao criar figura distinta de empregado e solução específica de conflito nesse mote.

Nesse mesmo espeque, por criar nova figura de empregado, cria-se por via oblíqua uma nova categoria ou coletividade, porque, não há somente um empregado nessas condições e novo prima modelar e assim, nasce a necessidade de vê-los como coletividade e assim como sanar os conflitos dessa nova configuração.

Nessa vereda, destaca-se que esse estudo é delimitado pelos temas: arbitragem e o empregado hipersuficiente. Ambos os temas serão analisados com o fito de demonstrar a viabilidade da proposição legal em especial no viés coletivo, ao possibilitar deixar fora da Justiça Laboral a solução de conflitos nascido nas relações contratuais dessa natureza e, ademais, o seu alinhamento com o entendimento moderno de soluções eficazes de conflito descoladas do enfadonho poder judiciário, sem que haja, contudo, lesão ao trabalhador ou violação ao princípio da irrenunciabilidade, princípio esse muitas vezes interpretado de forma distorcida ou superalimentado, ocasionando, inclusive, sob tal pecha, a inviabilidade da solução eficiente da lide instalada.

Eis a proposta do presente estudo, investigar os contornos dessas modificações e suas possíveis implicações.

2 | O PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE E SEU ÓBICE À ARBITRAGEM ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

2.1 O princípio da irrenunciabilidade, o trabalhador hipossuficiente e a aceitação da arbitragem no direito do trabalho

Com o advento do Código Civil em 2015, a importância de um sistema de resolução de conflitos que seja adequado às exigências das constantes mutações ocorridas nas sociedades contemporâneas, é um tema cujo debate reveste uma atualidade premente

em vários momentos da evolução da história, e o período em que estamos é, sem dúvida, um desses.

Uma grande fatia das normas jus-laborais é conhecida pela sua imperatividade, sendo que o recurso ao Poder Judiciário mostra-se, não raras vezes, como a única solução para a resolução de conflitos laborais.

É prática comum afirmar-se que, para existir uma tutela eficaz daquelas normas só o Poder Judiciário é capaz de conseguir. Porém, atendendo às circunstâncias do momento presente (em que a litigiosidade laboral cresce a um ritmo perturbador), é necessário que o modelo atual de administração da justiça laboral acompanhe a evolução das relações a que visa regular, impondo-se, assim, a adoção de um novo paradigma de resolução de conflitos.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005), formas alternativas de resolução de litígios individuais de trabalho são seguramente uma metodologia adequada à facilitação do acesso à justiça e ao aumento da qualidade da justiça laboral.

Antes, contudo, de adentrar ao tema propriamente dito é cogente explicitar o que se entende por arbitragem. De forma sucinta, essa nada mais é do que uma ferramenta de solução de conflitos realizada fora do Poder Judiciário, entretanto, com o mesmo calibre deste.

Um conceito a ser destacado é o exarado por Carmona (1998, p. 43), que elucida ser a arbitragem um meio alternativo de solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem poderes de uma convenção privada. Isso decorre do princípio da autonomia da conta das partes, para exercer sua função, decidindo com base em tal convenção, sem intervenção estatal, tendo a decisão idêntica eficácia de sentença proferida pelo Poder Judiciário. Tem como objeto do litígio direito patrimonial disponível.

No direito do trabalho, já havia espaço para a arbitragem, porém, limitado ao ambiente dos dissídios coletivos, ainda diante da previsão expressa insculpida no art. 114 parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, por outro vértice, o mesmo não ocorria em qualquer hipótese nos dissídios individuais, uma vez que o maior óbice à aplicação de qualquer dos meios alternativos para a solução de conflitos sempre foi uma visão restritiva à disponibilidade dos direitos trabalhistas pertencentes ao empregado. Isso tudo sustentado pelos princípios da irrenunciabilidade e hipossuficiência do empregado.

Em verdade, o que encontra-se no cenário trabalhista é o tratamento incólume do trabalhador com vínculo na mais elástica interpretação do viés protetivo no qual, inclusive, nota-se imensurável resistência aos meios alternativos de solução de conflitos, em especial, àqueles externos à Justiça do Trabalho, como é o caso da arbitragem.

Com referida retórica, os princípios da hipossuficiência e da irrenunciabilidade cancelam as dificuldades para a aplicação da arbitragem nos dissídios individuais,

restando esses evidentes em vários dispositivos legais encartados na Consolidação das Leis do Trabalho.

O art. 477, parágrafo 2º da CLT, por exemplo, só admite quitação das parcelas discriminadas no instrumento de rescisão ou recibo de quitação, estabelecendo o parágrafo primeiro em sua redação anterior a Lei 13.467/2017, a necessária assistência do Sindicato ou do Ministério do Trabalho, o que doravante não mais é necessário, mas mostrava o caráter protetivo ao hipossuficiente com tal assistência, agora um pouco mais amenizado.

Na mesma senda de redoma cuidadora, temos o art. 9º da CLT, que considera nulo de pleno direito os atos praticados com objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, razão pela qual, pode-se, mesmo frente à arbitragem obrigatória, o empregado ingressar em juízo demonstrando ter sido lesado.

Ainda seguindo a trilha da irrenunciabilidade e do hipossuficiente, pode-se mencionar os artigos 444 e 468 da CLT que não permitem qualquer prejuízo ao trabalhador, mesmo em alterações de contrato com sua anuência. Isso porque, de forma rasa, o direito do trabalho é visto como arcabouço protetivo ao hipossuficiente, com um sistema circundado por direitos tidos como indisponíveis, o que impacta negativamente na aplicação da arbitragem.

Destarte, não existia até então permissivo constitucional que faculte às partes elegerem árbitros para a solução de conflitos individuais de trabalho. Desta feita, prevalece, em princípio, na análise da aplicabilidade, a regra contida no artigo 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), que estabelece como critério distintivo a natureza jurídica do direito em apreço, ou seja, deve ser patrimonial e disponível.

Carlos Alberto Carmona (1998) apresenta como definição de direito disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, para ele são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Sérgio Pinto Martins, em sua obra “Direito Processual do Trabalho”, afirma que “seria necessária lei determinando a possibilidade da utilização da arbitragem para solucionar conflitos individuais do trabalho, de maneira que não se aplicasse o art. 1º da Lei n. 9.307”. (MARTINS, 2002, p. 88)

Nesse universo, ante a ausência de legislação com a dicção acima sugerida pelo Ilustre Doutrinador e mais face aos entendimentos reiterados da Justiça no trabalho que apresenta traços engessados conferindo aos direitos trabalhistas esse indigitado caráter de irreversível judicialização na qual deparamo-nos com rigorosos limites quanto à disposição de direitos, o que é bem elucidado pela Súmula n. 418 do Colendo Superior Tribunal do Trabalho, que chancela ser a homologação de acordo faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Ao aprofundar os estudos acerca da irrenunciabilidade dos direitos laborais, é

merecido destaque aos dizeres de Coutinho (2000, p. 200) que, em resumo, dista ser incontestado durante a vigência do contrato de trabalho a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, embora possam ser renunciados em juízo ou de forma arbitral.

No mesmo viés, Alice Monteiro de Barros (2006) conclama que a Irrenunciabilidade decorre do conteúdo da norma, de forma explícita ou implícita, podendo ainda advir de sua finalidade objetiva.

A arbitragem, nesse mote protetivo, agraciada pela irrenunciabilidade e proteção ao hipossuficiente sempre deteve uma avaliação bastante restritiva, também porque ela representa, nos ditames de Souto Maior “um antagonismo à renúncia do direito constitucional de ação” (2002, p. 181-189), uma das garantias fundamentais do cidadão, não sendo possível, por tudo isso, ter a menor dúvida de que as cláusulas compromissórias, constantes de contratos de trabalho, caracterizem-se como cláusulas nulas de pleno direito.

Tudo isso devido a sempre ser considerada a posição desvantajosa da grande maioria dos trabalhadores em relação aos empregadores, colocando a arbitragem, nos dissídios individuais, como diametralmente contra aquela protetiva ao trabalhador difundida pelos princípios aqui apresentados. Como leciona Maurício Godinho Delgado, os princípios têm qualidades muito marcantes, dentre elas seu potencial normativo que não se resume apenas à função supletória das fontes normativas formais existentes, mas também à função retificadora de certo comando legal que se choque com o conjunto sistêmico do direito e seus princípios cardiais, sendo essa característica, decorrente de sua natureza fundamentadora de toda a ordem jurídica.

Américo Plá Rodríguez (1993) também assevera que os princípios podem servir para embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos, até porque, para ele, cada princípio constitui uma maneira de harmonizar as normas, relacioná-las entre si e evitar que o sistema se transforme em uma série de fragmentos desconexos.

Entende-se que é preciso ter muito cuidado quando se defendia a arbitrabilidade dos direitos trabalhistas com amparo na regra contida no artigo 1º da Lei de Arbitragem especialmente antes da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), pois não havia qualquer possibilidade ou esboço de viabilidade para tal meio alternativo de solução de conflitos.

Destarte a discussão, deve se originar a partir do Direito do Trabalho, com respeito aos princípios que norteiam sua existência científica e histórica, porém sem perder de vista a segurança jurídica de ambas as partes contratantes e a evolução dos meios de solução de conflitos distantes da tão burocrática e enfadonha judicialização vivida no Brasil.

Por essa vereda, o caminho do meio pode ser o traçado por Arnaldo Sussekid (2005), o qual não deixa de considerar o viés intervencionista do direito laboral que, segundo ele, busca limitar, com normas imperativas, a autonomia da vontade numa relação jurídica

entre partes desiguais. No entanto, pondera que esse intervencionismo reduz-se na razão inversa do fortalecimento das associações sindicais em termo nacionais, mas impõe, pelo menos, um nível mínimo de proteção ao trabalhador, abaixo do qual não se concebe a dignidade humana.

Dessa forma, creditamos que as fórmulas alternativas de solução de conflitos são extremamente importantes enquanto instrumentos de pacificação social. Assim, já nos salta aos olhos um inicial traço desse caminho de razoabilidade com os ditames da lei novel laboral, que introduziu expressamente na seara do contrato individual de trabalho uma possibilidade expressa de arbitragem, conforme artigo 507-A da CLT (adiante melhor delineado), compelindo todo o sistema consolidado e principiológico a ser racionalizado de tal maneira a, no mínimo, suavizar o viés intervencionista, excessivamente protetivo e dotado de amplo caráter de irrenunciabilidade que, equivocadamente, alinhava todos os trabalhadores no mesmo adjetivo de hipossuficiente.

2.2 Os meios de resolução de conflitos trabalhistas

Dentro do universo aqui pautado, é prudente elencar as formas de solução dos conflitos trabalhistas que se classificam em autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Na autotutela, uma das partes impõe a decisão à outra, sendo admitida apenas em casos excepcionais na sociedade civilizada, com destaque, nas relações coletivas de trabalho, a greve atualmente assegurada como direito humano e fundamental, nos planos constitucional e internacional.

Na heterocomposição, por sua vez, um terceiro impõe a decisão às partes, como forma de solução do conflito, merecendo destaque a jurisdição e a arbitragem, a primeira amplamente difundida, sendo a de maior predileção pelas partes envolvidas na relação. Por outro ângulo, a última de aplicação autorizada no ambiente coletivo e, recentemente, a apenas uma determinada categoria de trabalhadores individualmente considerados.

Por outro desiderato, temos a autocomposição, em que as próprias partes chegam ao consenso, ainda que com o auxílio de um terceiro, aproximando-as do diálogo, podendo, em alguns casos, apresentar sugestões. A negociação coletiva, a conciliação e a mediação são as principais formas de solução consensual dos conflitos.

Nesse contexto, a mediação e a conciliação são formas autocompositivas de resolução de litígios extrajudicial, enquanto que a arbitragem e a jurisdição são formas heterocompositivas.

Espera-se que, com a Reforma Trabalhista, inserindo as figuras do termo de quitação anual e da homologação de acordo extrajudicial, as formas autocompositivas tenham maior efetividade, assim como ocorre no direito comparado, adiante tratado, especialmente quanto à arbitragem.

3 | O EMPREGADO HIPERSUFICIENTE E A ARBITRAGEM

3.1 Uma visão geral do 507-A da CLT e da nova figura de empregado

O ponto de partida para a análise desse novo tema quanto a uma categoria diferenciada de trabalhador, bem como do meio específico e alternativo de solução de conflitos resultantes dessa relação de emprego, eclodem sempre da mesma ideia de que o Direito do Trabalho sempre foi produzido para igualar as forças entre empregados e empregadores.

Nesse rumo, é bem-vinda a reforma procedida pela Lei 13.467/2017 com a inserção de dispositivos notadamente de flexibilização das relações laborais, sem nos olvidar de alguns de seus pontos polêmicos, como o presente e outros a serem dirimidos com o tempo, sendo assim lapidados pelo poder judiciário ou pelas partes negociantes ante a prevalência do negociado pelo legislado, ou pela doutrina. Contudo, pode-se afirmar que já era tempo de mudanças frente à autonomia já demonstrada desse direito, com pujante vocação há tempos de adaptação da legislação existente à evolução empresarial e à globalização, com desague em uma maior segurança jurídica, ao passo de se evitar, muitas vezes, o ativismo judicial tão nefasto à estabilidade das relações sociais, quer seja na senda laboral ou nas demais áreas do direito.

Nas palavras de Maciel:

é certo que não cabe ao magistrado legislar em favor do empregado para ampliar seus direitos, pois não tem ele o poder de criar normas reduzindo direitos de uma das partes, a econômica, tão importante quanto a figura do empregado, pois não há trabalho sem empresa e não há empresa sem empregado que possa dar-lhe vida. (MACIEL, 2017)

De outra banda, a tão ecoada proteção ao hipossuficiente decorre da lei, legislação essa especial a ser aplicada por juízes especiais, e, como dizia Sussekind, citado por Maciel em brilhante artigo publicado, “a lei é protetora do empregado e não o juiz” (SUSSEKIND *apud* MACIEL, 2017).

Assim sendo, é justamente nesse contexto que a arbitragem surge como possibilidade no contrato individual de trabalho nos termos do artigo 507-A, da CLT que a permite a determinada espécie de empregado, reforçando, no entender de uma parcela doutrinária ainda pequena, como uma das soluções de esvaziar o poder judiciário trabalhista e resolver com segurança e maior celeridade a pendência contratual.

Nessa esteira que são os princípios básicos da legislação trabalhista de proteção ao empregado, como amplamente exposto em tópico anterior, restringem a aplicação da arbitragem no direito individual do trabalho. Esse, infelizmente, antes de novel possibilidade, vem sendo o posicionamento dos magistrados, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, chancelando que a lei de arbitragem, quando somente existia essa regulamentação, estava direcionada às relações civis e comerciais, portanto não se aplica aos dissídios individuais de trabalho.

Esse ainda parece ser o posicionamento majoritário do poder judiciário nas esparsas manifestações públicas sobre a reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), que trouxe a inserção do artigo 507- A na CLT. O artigo posto, agora consagrado na CLT reformada, autoriza a arbitragem nos contratos individuais de trabalho desde que (i) a remuneração do empregado seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social; e (ii) a cláusula compromissória seja pactuada “por iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa nos termos previstos na Lei 9.307/1996.

O maior uso da arbitragem tende a ser benéfico ao contencioso trabalhista, em vista da sua maior celeridade comparado à Justiça do Trabalho. Além disso, o caráter consensual do procedimento na arbitragem, construído pelos próprios litigantes, está em linha com o espírito da Reforma Trabalhista, de maior ênfase a acordo entre as partes.

Um dos grandes receios da arbitragem trabalhista é a capacidade econômica do empregado arcar com os seus custos, mais elevadas do que os da Justiça do Trabalho, especialmente se considerarmos a potencial hipossuficiência de boa parte dos reclamantes.

Todavia, a reforma trabalhista atenta a essa situação cuida disso ao permitir arbitragem tão somente para empregados com maior remuneração. Seguindo nessa vereda, a previsão do árbitro único e procedimento simplificado em determinados casos são essenciais também para reduzir os custos.

Há, entretanto, que se ter cautela quanto a se evitar que o empregado firme cláusula compromissória sem que tenha a exata noção das consequências, uma vez que, resta claro ainda ser a Justiça do Trabalho mais barata e tendente a proteger o empregado. Pode-se dizer ainda que a Justiça do Trabalho, em alguns momentos, mostra-se mais vantajosa, principalmente ao empregado, antes da reforma, do que um “jogo de azar”, porque nesses a aposta ainda exige algum desembolso econômico, enquanto naquela a simples improcedência ou perda processual não gerava ônus algum àquele que “apostou” em uma ação sabidamente aventureira.

Assim, a princípio, o empregado só decidirá ir para a arbitragem se confiar no instituto e se tiver algum interesse específico que justifique a escolha, tal como rapidez. Por isso a necessidade, conforme o texto do art. 507-A da CLT, de consentimento expresso, pois não se pode presumir que o empregado abriu mão do foro que lhe é mais familiar.

Dessa maneira, a redação do novo artigo da CLT impõe a necessidade de o empregado tomar iniciativa ou concordar expressamente com cláusula compromissória. Logo, não se trata de condição de eficácia da cláusula compromissória, a ser aferida quando surgir o litígio, porque o empregado terá que começar a arbitragem ou concordar com sua instituição quando da contratação.

Destarte, trata-se de condição de validade da cláusula arbitral, a ser avaliada quando o empregado firmá-la na contratação, devendo, nessa oportunidade, sugerir a cláusula arbitral ou concordar expressamente com ela. Contudo, a arbitragem, como visto, não foi

ampliada ou permitida como meio de solução de conflitos laborais a todos os trabalhadores, mas sim apenas aos empregados tidos como hipersuficientes.

A dicção posta no corpo do art. 507-A da CLT para autorizar a arbitragem também é vista no art. 444, parágrafo único da CLT, que pondera a livre negociação para o empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Para esse empregado, vale a livre estipulação entre as partes interessadas, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Portanto, para o hipersuficiente, detentor de nível superior e que auferir pouco mais de R\$ 11 mil reais mensais, a livre estipulação aplica-se, inclusive, as hipóteses previstas no art. 611-A da CLT com redação dada pela Reforma, e, a esse mesmo empregado, é dado dirimir as questões oriundas de seu contrato no juízo arbitral por consentimento expresso ou por seu requerimento.

Destarte o conceito de alto empregado ou empregado hipersuficiente ter aparência fluida, resta claro que a lei estabelece critérios objetivos e não dá margem para interpretações diversas. Contudo, é cogente ponderarmos que o texto do artigo em análise (507-A CLT) contém imprecisões ao mencionar cláusula compromissória de arbitragem.

Sabemos que convenção de arbitragem é o negócio jurídico por força do qual as partes de determinada relação jurídica resolvem submeter conflito dela decorrente a um árbitro. Essa, portanto, é gênero que abrange duas espécies, qual seja, a cláusula compromissória, firmada preventivamente, ou seja, antes de haver qualquer litígio, convencendo-se que eventual conflito será submetido à arbitragem e ao compromisso arbitral que se refere a litígio já existente.

Assim sendo, os conceitos acima nos fazem refletir sobre a existência de incongruência no novo dispositivo legal, porque o art. 507-A da CLT trata de cláusula compromissória (estabelecida antes de existir o conflito), bem assim, seria a situação em que empregado e empregador firmam contrato de trabalho, dispondo nesse instrumento que, se vier a surgir eventual lide, o conflito será julgado por um árbitro, retirando do Poder Judiciário a possibilidade de julgamento.

Contudo, a redação do dispositivo afirma que pode ser pactuada a cláusula compromissória desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa. Logo, referida redação legal inspirou-se em decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito da instituição da arbitragem no âmbito do Direito do Consumidor, já que o consumidor é visto como parte hipossuficiente, assim como o trabalhador em sua generalidade considerado, o que, no caso do art. 507-A, destoa no arrimo do próprio artigo ter considerado esse empregado ali descrito fora da generalidade.

O STJ entende que pode haver previsão de cláusula compromissória no contrato de consumo (antes de existir o litígio), contudo, isso não pode impedir o consumidor de acessar o Poder Judiciário, caso queira. Dessa forma, fazer uso ou não da arbitragem é

opção do consumidor.

Na ótica do Superior Tribunal de Justiça, caso prefira o consumidor, pode ajuizar ação contra o fornecedor de produtos e serviços. A arbitragem é apenas mais uma alternativa à sua disposição. Essa interpretação tem o grande mérito de estimular os mecanismos alternativos de resolução de conflitos e, simultaneamente, não causar qualquer prejuízo ao acesso à Justiça.

A segunda situação admitida pelo STJ é a de concordância expressa do consumidor quanto à instituição da arbitragem. É a hipótese em que o fornecedor leva a questão ao juízo arbitral e o consumidor, em sua defesa, concorda expressamente (não apenas tacitamente) o silêncio não vale para o STJ com a arbitragem. Feita essa análise, conclui-se que o texto do novo art. 507-A da CLT é bastante semelhante à redação utilizada pelo STJ em seus acórdãos.

Sem dúvida, o novo dispositivo inspirou-se na jurisprudência da Corte, mas deve ser ressalvado, como anteriormente consignado que, no caso em tela, a própria norma excepciona a aplicação da arbitragem a uma categoria de trabalhador tida como não hipossuficiente pela própria lei. Essa destaca os requisitos que retiram esse trabalhador da generalidade da hipossuficiência e o levam a um patamar superior que, ao nosso ver, apesar da inspiração nos julgados do STJ, não devem esses serem levados a cabo, pois, aqui, na nova norma, não há segundo a própria dicção legal um hipossuficiente.

Assim, a conclusão a que se chega, embora não esteja explícita no art. 507-A, é no sentido de que as partes podem prever a arbitragem no contrato de trabalho, mas a cláusula compromissória somente será eficaz caso o empregado opte, livremente, por levar a questão para o árbitro; ou quando o trabalhador manifestar expressamente sua concordância com a arbitragem perante o próprio juízo arbitral.

Nesse contexto, é criticável o texto do art. 507-A da CLT, por ter utilizado de forma atécnica a expressão cláusula compromissória, que apresenta sentido técnico muito preciso e bem estabelecido no Direito brasileiro. Fala-se em cláusula compromissória por iniciativa do empregado, o que é inconcebível, pois, quando se firma uma cláusula compromissória, sequer se sabe se haverá, ou não, litígio. A iniciativa de qualquer das partes só pode existir quando o conflito de interesses já tiver surgido.

Importante destacar, ainda, que a manifestação de vontade do empregado deve ser isenta de vícios, como a coação, o erro e o dolo que podem resultar – caso comprovadas – na anulabilidade da submissão do litígio à arbitragem (Código Civil, art. 138 e seguintes) – e mesmo o artigo 9º da CLT.

Dessa forma, há uma nova ferramenta para a solução de conflitos no contrato individual de trabalho reservada a esses empregados adjetivados como hipersuficientes nos termos da lei que está alinhada com a modernidade, flexibilização, celeridade necessária, boa-fé nas relações e segurança jurídica.

Com efeito, a questão nuclear que determinará se tal instituto e categoria nova de

empregado surtirão efeitos positivos ou, se por outra via, cairão no desuso é, de certo, compreender ou minimizar o quão passíveis de disponibilidade são os direitos trabalhistas ou ainda quais direitos seriam disponíveis e nesse desiderato, de possível submissão ao juízo arbitral sem risco. Isso porque, mesmo com a nova e expressa autorização legal, é eminente a imponderação para a aplicação da arbitragem nessa categoria específica de empregado, face ao entendimento possível do judiciário, de considerar tais cláusulas nulas nos termos dos eloquentemente e ecoados artigos 9º, 444, 468 e 477 da CLT. O que, para a maciça doutrina e jurisprudência, ao menos em casos antecedentes onde se analisou a aplicabilidade da Lei de Arbitragem repeliu com veemência referido instituto da prática laboral ao consolidarem os direitos celetistas como indisponíveis ou irrenunciáveis.

Assim é prudente analisarmos sob uma nova ótica a famigerada indisponibilidade dos direitos trabalhistas à luz da incipiente possibilidade de solução de conflitos apresentada pela norma reformadora.

3.2 A disponibilidade e livre negociação dos direitos trabalhista quanto ao empregado hipersuficiente

De fato, convenção de arbitragem é o negócio jurídico por força do qual as partes de determinada relação jurídica resolvem submeter conflito dela decorrente a um árbitro.

Trata-se de gênero que abrange duas espécies: (i) cláusula compromissória, firmada preventivamente, ou seja, antes de haver qualquer litígio, convencionam-se que eventual conflito será submetido à arbitragem; (ii) compromisso arbitral que se refere a litígio já existente.

Como posto acima, doravante é crível existir uma norma cogente que instala a possibilidade da arbitragem quanto a eventual litígio oriundo de contrato individual do trabalho desde que atendidos os requisitos do art. 507-A da CLT.

No nosso modesto entendimento, a proteção ao trabalhador é decorrente da lei que retira o trabalhador de um patamar de desigualdade contratual em razão do desequilíbrio econômico existente na relação e o eleva por outra desigualdade, a jurídica, emanada da lei que o protege, reconstruindo com as normas estatais protetivas o equilíbrio na relação.

Portanto, não é o judiciário o guardião do trabalhador ou da empresa ao revés, ele é o aplicador da lei e, assim agindo, privilegia o apreço a norma, sua função precípua que, se assim for observada, preserva a segurança jurídica das relações.

Nessa toada não se vê o direito do trabalho como de impossível renúncia ou disponibilidade ou, como só de possível declínio perante o Estado Juiz, pois, se de certo indisponíveis fossem, contra elas não poderia ocorrer prescrição, a penalidade de revelia e confissão, institutos esses adstritos aos direitos indisponíveis.

Ademais, percebe-se que, uma vez cessada a relação empregatícia, os direitos eventualmente violados convertem-se inevitavelmente em direitos de crédito ou econômicos ou patrimoniais. Assim, passam a ser, plenamente disponíveis, tanto é que o

trabalhador pode optar por não acionar o Judiciário Trabalhista na busca desses mesmos direitos.

Ora, se tem o obreiro a faculdade de exercer o direito de ação perante a Justiça do Trabalho, porque não teria a opção de inclinar para ter seus direitos apreciados ou a discussão de seu contrato pelo juízo arbitral?

Logo, é desarrazoado o argumento de que a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas violaria em qualquer hipótese o princípio do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), pois, quem pode optar por não exercer o direito de ação, deve poder, com muito mais razão, levar eventual conflito de interesses para o árbitro, que é terceiro alheio ao Poder Judiciário. A liberdade individual deve ser respeitada pelo Estado.

Por essa vereda, data máxima vênua aos que entendem de forma diversa, os direitos trabalhistas parecem muito mais viesados pela natureza econômica e disponíveis do que de forma contrária como se sustenta amplamente até hodierna data. Tanto é assim, que empregados frequentemente fazem acordos, negociam cláusulas, ou seja, declinam de alguns de seus direitos perante o poder judiciário e por que não perante o juízo arbitral?

A questão, entretanto, não é tão simples quanto parece. As posições que defendem a inaplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais de trabalho com amparo tão somente no artigo 1º da Lei n. 9.307/96, que elenca a possibilidade da arbitragem somente quanto a direitos patrimoniais disponíveis, não resistem a uma discussão aprofundada sobre a natureza jurídica dos direitos trabalhistas.

Iara Alves Cordeiro Pacheco (2000), em obra publicada, intitulada “Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem”, faz uma análise pormenorizada do que se pode entender por direito patrimonial disponível sob a égide trabalhista.

Esclarece Pacheco que “não há na legislação brasileira, dispositivo que especifique expressamente quais sejam tais direitos, apesar de a própria legislação apontar os caminhos para identificá-los, mediante regras esparsas” (PACHECO, 2000). Nesse sentido, a Doutrinadora enuncia o entendimento adotado por Hélio Armond Werneck Cortes, levado a efeito a partir da análise estritamente legal da disponibilidade, para quem, em se litigando sobre direitos indisponíveis, a revelia não se induz, a confissão não produz efeito, a transação não se admite, a renúncia é irrelevante (PACHECO 2003).

Entretanto, defende a ilustre Juíza que tais regras não têm aplicação no processo trabalhista, ou seja, sustenta ela serem os direitos laborais disponíveis, pois é inerente ao processo laboral a conciliação que goza de amplo estímulo, além de ser obrigatório tanto na abertura da audiência quanto após o encerramento da fase de instrução.

Emenda Pacheco apondo que a transação, por sua vez, “é quase sempre o caminho escolhido para se obter a conciliação no processo trabalhista” (PACHECO, 2000).

Ainda analisa a citada juíza as figuras da revelia, prescrição e confissão no processo do trabalho, concluindo que, se levadas em consideração as regras caracterizadoras dos direitos indisponíveis extraídas do Código de Processo Civil, a constatação é de que os

direitos trabalhistas não são indisponíveis

Importante ainda elencarmos, com base na lição de Pacheco, que, além de serem os direitos trabalhistas disponíveis, faz sentido apontar os variados tipos de direitos trabalhistas, além de destacar a relevância do momento de disposição ao longo do contrato de emprego, pois, efetivamente, a irrenunciabilidade não é absoluta. Porque há uma, nem todos os direitos trabalhistas têm origem em normas de ordem pública. Outro, porque existe, na doutrina, com destaque para Alice Monteiro de Barros (1997, p. 89-101), um tratamento diferenciado da irrenunciabilidade quanto ao momento do fato ou da realização da renúncia. Se antes do contrato, durante, no momento da rescisão ou após essa, ainda de relevo, porque existem outros institutos acolhidos pelo direito do trabalho, como a conciliação (e conseqüente transação), que pode levar à renúncia parcial, bem como a prescrição e decadência que podem acarretar a perda do direito ou a perda do direito de ação pela inércia do titular.

Essas considerações são claras na lição de Pacheco que aprofunda o tema de forma brilhante adotando uma classificação própria segundo a qual o empregado é detentor de direitos de quatro espécies: direitos da personalidade; direitos decorrentes de normas de ordem pública absoluta; direitos derivados de normas de ordem pública relativa; e direitos decorrentes de normas dispositivas (PACHECO 2003, p. 123), restando, com essa divisão que o artigo 1º da Lei n. 9.307/96 não impediria, a utilização da arbitragem com relação aos direitos decorrentes de normas dispositivas, bem como dos direitos derivados de normas de ordem pública relativa. Conclui-se, ainda, em relação aos direitos de personalidade, que, caso se trate de lesão já concretizada, e o ofensor reconheça a caracterização do ilícito, havendo discordância tão-somente no que tange ao quantum, ou seja, a repercussão patrimonial do direito aponta ser possível firmar o compromisso para o arbitramento da justa indenização.

Já, em relação aos direitos de ordem pública absoluta, afirma que, nesse caso, os dissídios individuais são passíveis de solução mediante arbitragem, desde que referentes a reflexos patrimoniais, sobre os quais incida dúvida, e não cabendo às partes optar pela aplicabilidade da equidade, devendo ser observadas pelo árbitro as regras inderrogáveis.

Assim, o que existe, em tese, é uma natureza imperativa de muitas normas trabalhistas que limitam a barganha das partes e essa natureza imperativa das normas trabalhistas deverão ser observadas pelos árbitros em procedimentos arbitrais entre empregadores e empregados, sendo o critério acima posto uma regra razoável que dirime as questões sobre disponibilidade dos direitos na senda jus-laboral.

Em suma, com base na lição de Pacheco e nos posicionando de forma mais categórica, respeitando os excelentes critérios por ela estabelecidos, entretanto, buscando uma simplificação no raciocínio axiológico, é crível que a aplicação da arbitragem cabe nos contratos individuais de trabalho com maior razão ao empregado delineado pelos

contornos do art. 507-A da CLT. Contudo, não vemos razão para que tal não seja estendido a todos os empregados ante a disponibilidade dos direitos trabalhistas.

Quanto à disponibilidade ou renúncia dos direitos laborais, na mesma linha apresentada por Iara Alves Cordeiro Pacheco, temos, de forma mais direta, que os seus reflexos patrimoniais ou econômicos dos direitos são disponíveis irrestritamente, isto é, o empregado não pode abrir mão do direito a férias - leia-se período de descanso - por ser norma que abrange saúde e segurança, mas não haveria problema ele aceitar o parcelamento do seu um terço constitucional ou mesmo declinar dele em uma negociação ou mesmo nessa, por via arbitral, da mesma forma, o empregado tendo suas férias vencidas e não pagas pode, em negociação, aceitar recebê-las em dobro de forma parcelada, simples ou de outra maneira que desejar. Por outro lado, não pode declinar do direito a registro em CTPS quando preenchidos os requisitos, porém nada o impede, com exceção aos reflexos previdenciários, de declinar em negociação de parte de seu aviso prévio indenizado.

Dessa forma, o caráter protetivo da justiça do trabalho não deixa de existir, ao passo da arbitragem ser uma faculdade àquele empregado de categorização, considerado como de maior grau de sofisticação que pode prescindir do paternalismo estatal e escolher livremente suas cláusulas contratuais e o método de solução de disputas ou conflitos, deixando a justiça laboral menos sobrecarregada e preocupada com aqueles que dela realmente necessitam. Também ajuda a coibir eventuais abusos, pois, inegável é que a realidade brasileira foi profundamente alterada desde a edição da CLT, em especial os meios produtivos. O acesso à informação pelas vias tecnológicas, redes sociais e internet, sendo despiciendo tamanho protecionismo judiciário na senda laboral, que, muitas vezes, engessa e desatualiza as relações trabalhistas, não havendo espaço hodiernamente para se seguir certos dogmas da realidade social brasileira da década de 1940, uma vez que hoje temos uma melhora geral de todos indicadores sociais, o que torna a flexibilização e com ela a arbitragem um caminho necessário.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao tema objeto de reflexão neste artigo, temos que ele representa centralmente pontos de evolução no âmago de nosso direito do trabalho, em especial sob o crivo coletivo, pois o sistema brasileiro de solução dos conflitos trabalhistas seguia as premissas da filosofia corporativista, assemelhando-se, em muitos aspectos, ao sistema italiano da Carta Del Lavoro, de 1927, produzida no regime fascista de Mussolini, ao passo de subsistir o intervencionismo e o monopólio jurisdicional estatal, sem qualquer válvula alternativa de escape que não fosse a Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos oriundos da relação de trabalho.

Destarte, a reforma trabalhista trazendo a reboque a possibilidade da arbitragem

especialmente a uma nova conotação de empregado formando uma nova coletividade, são atitudes corajosas e de extrema valia para o início do fomento dos meios alternativos de solução dos conflitos ou que acarreta em concreção de direitos coletivo ao passo de resolver demandas bem como sob a ótica da tutela coletiva pois direito material saneado resolvido é porque a ferramenta de solução foi eficiente ao passo dos ângulos da celeridade, definitividade e pacificação social do conflito.

A reforma do sistema e a adoção aguerrida de instrumentos alternativos de pacificação social não podem mais esbarrarem no óbice imposto pela fraqueza e falta de representatividade dos entes sindicais, justificando a manutenção de uma legislação trabalhista altamente paternalista e de um aparato institucional caro e dispendioso para solucionar os conflitos laborais como é o sistema judiciário.

Não há mais espaço para uma análise simplória e radical do direito laboral com vistas a uma única categoria de trabalhador qual seja o hipossuficiente, assim como não cabe mais falar em direitos irrenunciáveis quando esses, notadamente em sua maioria, têm claramente desdobramentos econômicos.

Afinal, de contos, o trabalhador não é um absolutamente incapaz, e a justiça do trabalho não é sua tutora, logo, não mais há espaço para uma interpretação restritiva quanto à irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, pois, do contrário, estamos ignorando toda evolução do próprio estado e também dos empregados como pessoa, uma vez que é inegável a realidade brasileira profundamente alterada desde a edição da CLT, em especial os meios produtivos. O acesso à informação pelas vias tecnológicas, redes sociais e internet, sendo despiciendo tamanho protecionismo judiciário na senda laboral.

Logo, a arbitragem voluntária ou consentida é uma forma amplamente democrática de solução dos conflitos, tendo como fonte a Lei n. 9.307/96, uma vez que não apresenta qualquer incompatibilidade estrutural com os princípios que regem o Direito do Trabalho como amplamente explanado nesse texto. Além do que, hodiernamente, há previsão expressa de tal possibilidade na CLT como prestigia o artigo 507-A de referida consolidação, inexistindo via que oblitere tal instituto, indutivamente quanto ao empregado hipersuficiente, porém, nada impedindo sua expansão ao hipossuficiente, consoante os fundamentos axiológicos aqui trazidos.

Repisamos que o parâmetro de arbitrabilidade contido no artigo 1º da Lei n. 9.307/96 não veda, em princípio, a utilização do instituto arbitral no Direito Individual do Trabalho, pois existem direitos trabalhistas de natureza disponível entendendo assim os consectários econômicos de tais, não sendo, portanto, a Lei de Arbitragem incompatível com o núcleo basilar do Direito Individual do Trabalho, ainda mais agora com expressa previsão na CLT reservada de forma mais segura e clara ao trabalhador de elevada renda e nível cultural diferenciado consoante os critérios da norma.

Com efeito, o caminho para viabilizar a utilização da arbitragem nos conflitos individuais foi aplainado pela novel regulamentação legislativa que respeitou os princípios

fundamentais do Direito do Trabalho associando a solução arbitral à autonomia privada. Considerou-se o patamar diferenciado de figura de empregado objetivamente criado por lei, como sendo não hipossuficiente.

O futuro da arbitragem na área trabalhista depende doravante de um posicionamento firme e prestigiador do poder judiciário, se e quando questionado sobre qualquer decisão arbitral, bem como dos entes sindicais, operadores do direito genericamente aqui considerados, empregados e empregadores, que devem se despir das vestes preconceituosas quanto a esse meio alternativo de pacificação social.

Dessa forma, há boas perspectivas com a adequação da legislação trabalhista ao sistema democrático instituído pela Constituição Federal de 1988, sendo o primeiro passo dado com a inserção do art. 507-A e a alteração na redação do art. 444 parágrafo único, ambos da CLT, acarretando essas novas bússolas normativas, reflexos coletivos com a pacificação dos conflitos (sociais trabalhistas) de forma mais célere pela arbitragem e criando relações diferenciados respeitando a evolução socioeconômica e laboral das relações de trabalho com apreço, regulamentação e tutela de certa coletividade (empregados diferenciados) não regulamentados até então.

REFERÊNCIAS

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Almedina, 2010.

BARROS, ALICE MONTEIRO de. **Curso de Direito do Trabalho**. Minas Gerais: Editora São Paulo, 2009.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, **La médiation: une justice douce**, Syros Alternatives, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7.^a ed., Almedina, 2003.

CARAMELO, António Sampaio, **Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema in IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa**, Almedina, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Tradução de: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPUTO BASTOS, Guilherme Augusto. **Arbitragem no Direito do Trabalho**. LTr - Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: LTr, Ano 63, N. 11, Nov. 1999, pp. 63-11/1462 a 63-11/1476.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no brasil com os comentários à lei n. 13.467/2017.** 1ª ed. São Paulo: Ltr, 2017.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução.** 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **A Arbitragem e os Conflitos Coletivos de Trabalho no Brasil.** São Paulo: LTr, 1990.

_____. **A Nova Lei da Arbitragem e as Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr, 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani (Org). **A Arbitragem na Era da Globalização. Coletânea de Artigos de Autores Brasileiros e Estrangeiros.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos Trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2002.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Arbitragem e Direito do Trabalho.** LTR - Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: LTr, Ano 61, N. 02, Fev. 1997, pp. 61-02/155 a 61-02/156.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: A experiência mundial.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília: Síntese Editora, Ano 68, N. 01, Jan./Mar. 2002, pp. 181 a 189.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Participação dos Empregados nos Lucros das Empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho.* 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002

_____. **Direito Processual do Trabalho.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito do Trabalho.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo Coletivo do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. **Arbitragem no direito individual do trabalho: uma consideração à luz do princípio protetivo e do modelo sindical brasileiro.** ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas, N. 5, Maio 2004, pp. 1-6.

MENEZES, Iure Pedroza. **Arbitragem no Direito do Trabalho e a Constituição Federal de 1988.** JTb - Jornal Trabalhista Consulex, Ano XIX, N. 928, Agosto 2002, pp. 19-928/10 a 19-928-13.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Secretaria de Mão de Obra. **Encontro sobre Arbitragem na Solução dos Conflitos Coletivos do Trabalho.** Brasília, 1989.

MORGADO, Isabele Jacob. **A Arbitragem nos Conflitos de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MOURA, Fernando Galvão e MELO, Nelma de Sousa. **Arbitragem no Direito do Trabalho**. Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, Ano XIII, N. 150, Dezembro 2001, pp. 117 a 131.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Arbitragem e Mediação**. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília: LTr, N. 06, Setembro 1993, pp. 68 a 78.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Os Direitos Trabalhistas e a Arbitragem**. São Paulo: LTr, 2003.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini. **A Convenção Coletiva de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1986.

PLA RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

PUCCI, Adriana Noemi (Org). **Aspectos Atuais da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares e VIANA, Márcio Túlio. **Comissões de Conciliação Prévia: Quando o Direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Mediação e Arbitragem. Solução Extrajudicial dos Conflitos do Trabalho**. Trabalho & Doutrina: Processo Jurisprudência, N. 14, Set. 1997, pp. 69 a 79.

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. Tradução de: Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995a.

_____. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. Tradução de: Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995b.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et al. **Instituições de Direito do Trabalho**, Volume II. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª ed. Minas Gerais: Editora São Paulo, 2005.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira e ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A Nova Arbitragem**. Porto Alegre: Síntese Editora, 1997.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Org.). **Relações Coletivas de Trabalho**. Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind. São Paulo: LTr, 1989.

VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Orgs.). **O que há de novo em Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Ltr, 1991

O ISOLAMENTO DO TELETRABALHADOR NA SOCIEDADE: UMA REFLEXÃO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 03/08/2020

Luciana Lara Sena Lima

Universidade Autónoma de Lisboa (UAL)

<http://lattes.cnpq.br/0578991074081209>

Rafael Lara Martins

Universidade Federal de Goiás (UFG)

<http://lattes.cnpq.br/7505201401760480>

RESUMO: O presente artigo possui como objeto de estudo a análise das questões afetas ao teletrabalho, com enfoque na ótica dos direitos humanos e as consequências advindas dessa modalidade de labor na sociedade contemporânea, especialmente no que tange ao “isolamento social” do teletrabalhador. Para isto, necessária se faz uma abordagem inicial acerca de como é tratado o teletrabalho no país após sua regulamentação no Brasil por meio da Reforma Trabalhista, ocorrida pela Lei n.º 13.467/2017, que introduziu os artigos 75-A a 75-E à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e que passou a prever especificamente esta modalidade de labor. A partir daí, será possível refletir acerca do tema objeto de pesquisa, qual seja, o isolamento do teletrabalhador de sua convivência social e sindical: uma reflexão sob a ótica dos direitos humanos. O método dedutivo

será utilizado na análise crítica e construção do presente trabalho e a técnica de pesquisa que se pretende adotar será a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Teletrabalho; Dignidade; Regulamentação; Proteção Jurídica.

ABSTRACT: This article has as its object of study the analysis of issues related to telecommuting, focusing on the perspective of human rights and the consequences arising from this modality of labor in contemporary society, especially regarding the “social isolation” of teleworkers. This requires an initial approach to how teleworking is dealt with in the country following its regulation in Brazil through the Labor Reform, which occurred under Law No. 13.467 / 2017, which introduced Articles 75-A to 75-E. Consolidation of Labor Laws (CLT), which now specifically provides for this type of labor. From there, it will be possible to reflect on the subject of research, namely, the isolation of the teleworker from their social and union life: a reflection from the perspective of human rights. The deductive method will be used in the critical analysis and construction of the present work and the research technique to be adopted will be the bibliographic research.

KEYWORDS: Telecommuting; Dignity; Regulation; Legal protection.

1 | INTRODUÇÃO

Ao se falar em teletrabalho, imediatamente se tem um sentimento de absoluta contemporaneidade. Imaginar o labor sem fronteiras, conectado por notebooks e smartphones cada vez mais potentes e facilitadores da atividade laboral é experimentar a sensação de que se está vivendo no futuro antes nunca imaginado.

Mas, ao contrário dessa percepção, o teletrabalho é um fato social que, apesar de ser cada vez mais presente, não pode ser entendido como algo criado nessa década, sequer nesse século. A doutrina nacional e estrangeira aponta o início do teletrabalho ainda na década de 70.

No Brasil, o primeiro passo de uma regulação a respeito do tema foi dado pela Lei 12.551/2011, a qual se resumia a equiparar o labor por meios telemáticos e informatizados de comando ao labor sob supervisão pessoal e direta, através da alteração do texto do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Todavia, em que pese a ausência de regulamentação expressa, no Brasil o teletrabalho vinha se submetendo à legislação genérica.

Ocorre que o país passou por uma alteração legislativa específica que ficou conhecida como “Reforma Trabalhista”. Essa alteração se deu por meio do Projeto de Lei 6.787/2016 e que posteriormente veio a ser aprovado, tornando-se a Lei 13.467/2017. Entre os diversos temas de que tratou a lei em comento, está o teletrabalho e sua devida normatização, por meio da inserção, na CLT, dos artigos 75-A a 75-E e o inciso III no já então existente artigo 62. O artigo 75-B da CLT, que conceitua o teletrabalho, diz: 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.

Sendo assim estamos falando de atividades laborais que podem ser exercidas, em locais diversos, como na própria residência do trabalhador contratado nesta modalidade. O que se pretende, com o desenvolvimento do artigo, é trazer uma reflexão, do ponto de vista dos direitos humanos, desses teletrabalhadores, no que diz respeito a falta de interação e relacionamento com o “mundo externo”.

2 | FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A expressão direitos humanos representa, em sentido amplo, o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos.

A concepção atual de direitos humanos é de formulação recente: foi, internacionalmente, estabelecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, pouco

depois da Segunda Guerra Mundial.

Os três primeiros artigos da mencionada Declaração sintetizam o que se considera fundamental para a humanidade: que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie (raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição); e que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Uma vez adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) começou a traduzir os princípios daquela em tratados internacionais que protegessem direitos específicos. Tratando-se de uma tarefa sem precedentes, a Assembleia Geral decidiu redigir dois Pactos que codificassem a duas séries de direitos esboçados na Declaração Universal, quais sejam: os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais.

Direitos humanos é a terminologia normalmente empregada em direito internacional, sendo a forma encontrada em diversos tratados e declarações. Liga-se à ideia de proteção do ser humano, em suas múltiplas facetas.

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos que estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Assim sendo, garantem às pessoas sujeitas à jurisdição do Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (v.g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos). (MAZZUOLLI, 2014, p. 21-22).

Dentro dessa perspectiva de proteção aos Direitos Humanos, no que diz respeito à proteção do direito do trabalho, o Artigo XXIII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, determina que: 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

No Brasil, a regulamentação referente à proteção dos trabalhadores, encontra-se

prevista no Decreto-Lei 5442/1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Esta legislação, já sofreu diversas atualizações legislativas, sendo a mais recente, ocorrida pela Lei n.º 13.467/2017, que introduziu os artigos 75-A a 75-E à CLT, e que passou a prever especificamente o teletrabalho como uma modalidade de labor a ser protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao se falar em teletrabalho, imediatamente se tem um sentimento de absoluta contemporaneidade. Imaginar o labor sem fronteiras, conectado por notebooks e smartphones cada vez mais potentes e facilitadores da atividade laboral é experimentar a sensação de que se está vivendo no futuro antes nunca imaginado.

Mas, ao contrário dessa percepção, o teletrabalho é um fato social que, apesar de ser cada vez mais presente, não pode ser entendido como algo criado nessa década, sequer nesse século.

Hoje não é fácil imaginar o que seria a vida sem aquelas tecnologias. Estas virtualmente controlam as nossas vidas desde o fornecimento de água e energia, o fluxo do tráfego, os movimentos das nossas contas bancárias e até nossa situação fiscal. As tecnologias de informação e a comunicação estão modificando a organização do trabalho de uma forma que ela já foi comparada ao impacto da introdução da linha de montagem nas instalações fabris. Não apenas isso, ela chega a ser descrita como equivalente às mudanças ocorridas durante a revolução industrial (BETTENCOURT, 2007, p. 248).

A doutrina nacional e estrangeira aponta o início do teletrabalho ainda na década de 70. Segundo Redinha (1999, p. 4-6), o teletrabalho surge a partir do final dos anos 70 (em que pese a reconhecida divergência a respeito de sua origem e até de sua terminologia) como um meio de desenvolvimento do trabalho em que a comunicação estivesse ligada por meios informáticos ou telemáticos.

O trabalho tradicional é aquele em que o empregado se desloca diariamente ao seu local de trabalho, permanecendo, nos termos do artigo 4º da CLT, “à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens”, inferindo-se daí uma presença física, não necessariamente no local de trabalho.

A par disso, a realidade legislativa trazia apenas duas alternativas ao labor executado ao empregador fora do local de trabalho: a atividade externa e o trabalho em domicílio.

A atividade externa é ainda hoje regulada pelo artigo 62, I do compêndio celetista como aquela que é “incompatível com a fixação de horário de trabalho”. Já o trabalho em domicílio era historicamente conceituado pelo artigo 6º da CLT (que atualmente possui outra redação) como aquele “executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”.

Por muitos anos, pôde-se dizer que a execução do trabalho era classicamente “externa ou interna”, e a externa era aquela classificada como aquela de impossível controle ou realizada no domicílio do empregado.

Voltando à atividade desenvolvida em favor do empregador fora da sede da empresa,

com o advento da tecnologia, pode-se dizer que houve uma nova especialização do gênero atividade externa e trabalho em domicílio: o teletrabalho.

Em que pese ser possível o teletrabalho em domicílio (home office), este não precisa ser necessariamente desenvolvido na residência, mas em qualquer outro local. Já na década de 90, Redinha (1999, p. 11-12) informa a existência de Centros de Trabalho Comunitários para o teletrabalho na Europa e indica que essa modalidade de trabalho já representava, à época, próximo de três por cento da força de trabalho da União Europeia (REDINHA, 1999, p. 5). Hoje, segundo dados de European Commission, estima-se cerca de 10 milhões de teletrabalhadores na União Europeia, sendo que destes 4,5 milhões são assalariados (EUROPEAN COMMISSION, 2002, on-line, s/p).

O teletrabalho é mais do que uma modalidade de trabalho em domicílio. É um novo conceito de organização laboral por meio do qual o prestador dos serviços encontra-se fisicamente ausente da sede do empregador, mas virtualmente presente, por meios telemáticos, na construção dos objetivos contratuais do empreendimento (MARTINEZ, 2016, p. 403).

O ponto nodal de encontro na definição do teletrabalho é justamente a conexão direta ou indireta com seu empregador por meio de instrumento de trabalho que permita a conexão de dados, textos, sons e imagens. Se não há distanciamento físico ou se não há labor exclusiva ou predominantemente por meio de recursos informáticos e/ou telemáticos, não se trata de teletrabalho (HOFFMANN, 2017, p. 233).

O chamado teletrabalho é uma modalidade de trabalho a distância, típica dos tempos modernos, em que o avanço da tecnologia permite o labor preponderantemente fora do estabelecimento do empregador, embora mantendo o contato com este por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a internet (GARCIA, 2017, p. 253).

Segundo Estrada (2017, p. 11), o teletrabalho é aquele realizado com ou sem subordinação por meio do uso de antigas e novas formas de telecomunicação em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a sua execução à distância, prescindindo de presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho.

O teletrabalho, que poderia ser definido em termos amplos como “trabalho electrónico à distância” (BETTENCOURT, 2007, p. 248), como outras formas de trabalho em rede (network), quebra a clássica estrutura hierarquizada da organização do trabalho, substituindo-a por novas e mais dinâmicas formas de organização do trabalho. Tarefas que previamente tinham que ser desenvolvidas numa única localização geográfica podem ser realizadas fora das instalações da empresa. O trabalho pode ser desenvolvido a partir de qualquer lugar e qualquer hora do dia ou da noite.

Já de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho é a forma de trabalho realizada em lugar distante do escritório e/ou centro de produção, que permita a separação física e que se utilize de uma tecnologia que facilite a comunicação.

A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) incluiu no Título II da CLT, que versa acerca das normas gerais de tutela do trabalho, o Capítulo II-A, e este passou a consagrar de forma destacada o regime jurídico do teletrabalho em nosso ordenamento jurídico pátrio.

A Lei 13.467/2017 trouxe os novos artigos 75-A a 75-E à CLT:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. 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.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

No primeiro momento, convém destacar que merece reconhecimento a iniciativa do legislador brasileiro em resguardar essa modalidade de labor, no que concerne às suas particularidades e distinções. Com isso, foi possível, ainda que não do ponto de vista ideal e completo, conferir maior segurança jurídica tanto por parte dos contratantes, quanto dos teletrabalhadores e seus respectivos direitos e deveres.

Ao passo que o artigo 75-A da Lei 13.647/2017 apenas apresentou a inclusão da proteção jurídica dos teletrabalhadores, o artigo 75-B da referida norma trouxe a conceituação do que se consideram essas atividades no ordenamento pátrio, conforme devidamente analisado no item 2.1.2.

O artigo 75-C da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, determinou que a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

Pode-se inferir que o contrato de trabalho do teletrabalhador somente poderá ser ajustado por escrito, pois o dispositivo determina que a condição de teletrabalhador deverá “constar expressamente” e ainda reforça que deverão ser especificadas as atividades a serem desenvolvidas.

O § 1º do artigo 75-C da CLT autoriza a alteração no contrato de regime de trabalho, desde que se tenha mútuo acordo entre as partes e o registro da mudança em aditivo contratual. O §2º do artigo 75-C da CLT versa acerca da possibilidade de alteração do sistema de teletrabalho para presencial por determinação do empregador, devendo ser observado o prazo de transição de no mínimo 15 dias e que seja formalizado em termo aditivo no contrato de trabalho.

O artigo 75-D da CLT, incluído pela Lei n.º 13.467/2017, determinou acerca da responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos, bem como pela infraestrutura essencial à prestação do teletrabalho e eventual reembolso, que deverão ter previsão no contrato.

O parágrafo único do artigo 75-D da CLT prevê que não integram a remuneração do trabalhador as utilidades fornecidas pelo empregador, previstas no caput do artigo. Sendo assim, não resta dúvida que, quando entregues ferramentas para a execução das atividades a serem desenvolvidas pelo teletrabalhador, a título gratuito, trata-se de meios para tanto.

Por fim, o artigo 75-E da CLT versou acerca do meio ambiente do teletrabalhador, bem como os cuidados e atenção que deverão ser dados a eles. Além do mais, o parágrafo único do referido artigo trata da assinatura do termo de responsabilidade que o empregado deve assinar quando da contratação nesta modalidade de labor.

A CLT impõe o dever patronal de instruir os empregados acerca de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho (MIZIARA, 2017, p. 43).

Feita a análise da legislação vigente que regulamenta o teletrabalho no Brasil, convém analisar acerca dos reflexos do isolamento do teletrabalhador.

O teletrabalho no domicílio pode conduzir a uma invasão da esfera pessoal e familiar do teletrabalhador, assistindo-se também a uma tendência para o abuso do horário diário. O isolamento a que está sujeito o teletrabalhador pode dar origem, a nível psicológico, à solidão, ao tédio e à depressão. Uma vez que o teletrabalhador está afastado do local tradicional de trabalho deixa de ter contacto com os colegas de trabalho, podendo, ainda, cair no esquecimento no que respeita aos planos de carreira, estatuto profissional, promoção, formação, estímulo profissional, sendo “discriminado” em relação

aos trabalhadores convencionais. (RODRIGUES, 2011, p. 113).

O Código do Trabalho de Portugal, prevê, no artigo 169, itens 1, 2 e 3 que a igualdade de tratamento de trabalhador em regime de teletrabalho, e determina que: 1 - o trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional. 2 - No âmbito da formação profissional, o empregador deve proporcionar ao trabalhador, em caso de necessidade, formação adequada sobre a utilização de tecnologias de informação e de comunicação inerentes ao exercício da respectiva actividade. 3 - O empregador deve evitar o isolamento do trabalhador, nomeadamente através de contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores.

Sendo assim, o Código de Portugal, trouxe a previsão para se combater essa situação possível desigualdade entre o trabalhador convencional e o teletrabalhador, e a obrigação do empregador em criar meios para se evitar o isolamento desses trabalhadores.

Rodrigues (2011, p. 113) aponta, ainda, que a preocupação do legislador com o potencial isolamento do trabalhador, apontado normalmente como a maior desvantagem do teletrabalho, é eminente. Assim, encontramos várias disposições no Código que procuram combater esse isolamento, é o caso do art. 166º, nº 4, alínea f, da CT, que estipula que, no contrato de trabalho, deve constar a identificação do estabelecimento ou departamento da empresa em cuja dependência fica do trabalhador, bem como com quem esse deve contactar no âmbito da prestação de trabalho.

Diferentemente da legislação laboral portuguesa, a brasileira, conforme analisada, não trouxe previsão específica quanto à proteção do teletrabalhador no que diz respeito ao incentivo para se evitar o isolamento destes.

3 | CONCLUSÕES

O teletrabalho surgiu no início da década de 70, mas foi a partir da década de 90, com o advento da tecnologia, que esta modalidade de trabalho passou a se expandir e, conseqüentemente, ser objeto de estudo do direito do trabalho. No Brasil, a legislação passou a se preocupar com o trabalho realizado à distância e por meios telemáticos e informatizados a partir de 2011.

Mas foi somente em novembro de 2017, com a aprovação da Lei 13.467/2017 – denominada reforma trabalhista – que passou a existir uma legislação específica a respeito do teletrabalho. A criação de um capítulo próprio na CLT para tratar a respeito do teletrabalho exige um novo olhar sobre essa modalidade de fixação do labor, passando a se distinguir, inclusive, do trabalho a distância.

Sendo assim, conclui-se, que essa modalidade de labor, qual seja, o teletrabalho,

traz reflexos nos aspectos atinentes aos direitos humanos das pessoas que a exercem. No que diz respeito ao isolamento, a legislação brasileira não trouxe previsão específica quanto à proteção do teletrabalhador nem incentivo do empregador para se evitar o isolamento destes, e em consequência, as doenças oriundas dessa possibilidade.

REFERÊNCIAS

BETTENCOURT, Pedro Ortins de. **Os regimes do teletrabalho**. Estudos jurídicos em homenagem ao professor Doutor António Motta Veiga. Coimbra: Ed. Almedina, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943.

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

EUROPEAN COMMISSION. **Teletrabalho: no entender da Comissão, o novo acordo constitui uma boa notícia para os trabalhadores e para as empresas**. Bruxelas, 16 de julho de 2002. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1057_pt.htm>. Acesso em: 20 agos. 2019.

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

HOFFMANN, Fernando. O Teletrabalho e a Nova Competência da Justiça do Trabalho: um desafio aos Direito Material e Processual do Trabalho. **Teletrabalho**. Coordenadores: Lorena de Mello Colnago, José Eduardo de Resende Chaves Junior, Manuel Martín Pino Estrada. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MIZIARA, Raphael. Novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil. In Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 7, n. 62 (set./out. 2017). Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/116314>>. Acesso em: 12 agos. 2019.

REDINHA, Maria Regina Gomes. **O teletrabalho**. Faculdade de Direito. Universidade do Porto. Disponível em: <<https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/18672/2/49720.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

RODRIGUES, Patrícia Pinto. **O teletrabalho: enquadramento jus-laboral**. In: Estudos de Direito do Trabalho. Organização António Monteiro Fernandes. 1ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011.

A GARANTIA DO TRABALHO DECENTE PARA A MULHER TRANSEXUAL E PARA TRAVESTI, À LUZ DA PROTEÇÃO SOCIAL DO TRABALHO

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 05/05/2020

Simone Florindo Costa

Universidade de Brasília - UNB

Brasília/DF

<http://lattes.cnpq.br/5154199322934034>

RESUMO: O objetivo do artigo é trazer um breve histórico do papel da mulher, com foco nas mulheres transexuais e travestis, sua relação com o mercado de trabalho, as dificuldades do acesso ao direito de igualdade de oportunidade e ao direito à Proteção Social do Trabalho, em função da discriminação e do preconceito por gênero. Para uma aplicação equitativa do Direito do Trabalho, é fundamental a garantia de condições de trabalho decente, que incluem o respeito à legislação trabalhista e a um conjunto de políticas para proteger grupos especialmente vulneráveis da população trabalhadora. Como forma de demonstrar o desafio do Direito do Trabalho para atingir questões da contemporaneidade, como a que trazemos no artigo, discutiremos as lacunas das estruturas legais brasileiras para garantir direitos da população Trans. Outra questão

igualmente relevante que trataremos é a seletividade excludente do Sistema de Justiça Brasileiro com relação à garantia de direitos das mulheres, sobretudo as transexuais, e como isso tem refletido em algumas de suas decisões. A metodologia será analisar as poucas leis de proteção da população LGBT no Brasil, a análise dos julgados sobre discriminação de LGBTs com foco nas travestis e mulheres transexuais no trabalho, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a análise das leis supralégais que garantem direitos universais, incluindo as Resoluções Internacionais, Tratados, Convenções da OIT e iniciativas de boas práticas governamentais e empresariais.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher Transexual. Garantia de Trabalho. Igualdade de oportunidade. Trabalho Decente.

THE GUARANTEE OF DECENT WORK
TO THE TRAVESTI AND TRANSGENDER
WOMEN, IN LIGHT TO SOCIAL
PROTECTION AT WORK

ABSTRACT: The objective of this article is to provide a brief history of the role of women, focusing on transsexual and “travestis” women. The article will explore their relationship with

the labor market and the difficulties they face to access equal opportunities and the right to Social Protection at Work, due to gender discrimination. For a fair application of labor law, it is essential to ensure decent work conditions, which include respecting labor legislation and policies that protect particularly vulnerable groups of workers. As a way of demonstrating the challenge of the Right of Work to reach contemporary issues, such as the one we address in this article, we will discuss the gaps in Brazil's legal structures that compromise its capacity to guarantee the rights of Transgender people. Another equally relevant issue that we will address is the exclusionary and selectivity character of the Brazilian Justice System in relation to the guarantee of women's rights, especially transsexuals, and how this has been reflected in some decisions. The methodology used is an analysis of the few laws that protect the LGBT population in Brazil and of judgments on discrimination against LGBT people, with a focus on "travestis" and transsexual women at work, as well as the applicability of fundamental rights and the analysis of supralegal laws that guarantee universal rights, including International Resolutions, Treaties, ILO Conventions and initiatives of good governmental and business practices.

KEYWORDS: Transgender Woman. Work Guarantee. Equal opportunity. Decent Work.

1 | INTRODUÇÃO

A doutrina jurídico-trabalhista clássica não foi capaz de superar a antiga versão categorial sobre gênero, que se restringe a uma visão binária - homem/mulher. Dessa forma, os conflitos que envolvem a população trans feminina¹ nas relações de trabalho são assuntos frequentes dentro dos tribunais trabalhistas e vem sendo tema de muitos debates jurídicos.

Diante disso, a solução para esses conflitos é urgente e os casos concretos devem ser julgados por uma legislação estruturante, na qual haja a articulação do Princípio da Proteção – basilar do Direito do Trabalho – e dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito – Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da não Discriminação – o Princípio da Desigualdade das Partes – nuclear do Direito Processual do Trabalho -, para assegurar a efetividade máxima dos direitos fundamentais dessa parcela da população.

O artigo em questão, traz um pequeno histórico do papel da mulher e sua relação com o mercado de trabalho, as dificuldades do acesso ao direito de igualdade de oportunidade de trabalho e ao direito à Proteção Social do Trabalho. Este direito compreende a garantia de condições de trabalho decente, que incluem o respeito à legislação trabalhista e a um conjunto de políticas para proteger grupos especialmente vulneráveis da população trabalhadora².

Destaca-se que as travestis e transexuais femininas, em sua maioria, não chegam

1 Incluindo mulheres transexuais e travestis.

2 OIT. A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna. OIT: Brasília, 2012, pg. 06.

ao mercado de trabalho por não conseguirem concluir os estudos, restando-lhe o trabalho nas ruas e uma vida de pobreza, em meio a um silenciamento de direitos em função da discriminação e do preconceito de gênero.

Além deste contexto apresentado, ressalta-se a fragilidade das estruturas legais brasileiras em garantir direitos da população LGBT. Para além disso, o Sistema de Justiça Brasileiro tem na sua formação e estrutura, um olhar masculino com relação à garantia de direitos das mulheres, que incluem mulheres transexuais, e esse olhar está refletido em algumas de suas decisões.

É basilar o entendimento do que de fato é gênero, sua conceituação social, e desconstrução. A partir dessa desconstrução, as mulheres transexuais e travestis poderão ser respeitadas e vistas como sujeito de direito.

2 | A LUTA DAS MULHERES POR GARANTIA DE DIREITOS

As aspirações à cidadania no mundo do trabalho, que buscam proporcionar iguais oportunidades entre homens e mulheres, não é algo recente.

Na década de 80, a preocupação para melhores condições de trabalho foi alavancada pela redemocratização da sociedade brasileira. A união entre grupos de mulheres trabalhadoras, grupos feministas, organizações sindicais, partidos e alguns setores do estado fez com que esses grupos repensassem o conceito e as consequências da divisão sexual do trabalho. Denúncias de violências domésticas, discriminação e segregação saíram das paredes internas das casas e passaram a ser discutidas nos âmbitos públicos, levando às mulheres a lograrem, aos poucos, penetrar nas estruturas de representação tradicionalmente ocupadas por homens, como sindicatos, associações, partidos e em outras profissões³.

Na mesma década, os movimentos de mulheres trabalhadoras começaram a ressignificar a imagem social da feminilidade⁴. Ainda hoje, a luta das mulheres por um espaço significativo no mercado do trabalho, pela profissionalização e busca por salários igualitários e de oportunidades nas relações de trabalho continuam sendo pauta política e social.

Segundo o IBGE/2013, mulheres recebem, em média, 73.7% da remuneração dos homens, quando se trata de mais escolarizadas (12 anos ou mais de estudo) o número é mais alarmante, 66%, a mesma proporção que em 2002. De acordo o Relatório da Organização Internacional do Trabalho – “As Mulheres no Trabalho⁵”, se as tendências atuais permanecerem, serão necessários 70 anos para anular a diferença salarial em razão de gênero.

3 GIULANI, P.C. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: História das Mulheres no Brasil. Mary Del Priori (org). São Paulo: Contexto, 2000.

4 Idem 4, pg. 649

5 OIT. Mulheres no trabalho. Genebra: OIT, 2016.

O trabalho doméstico é predominante exercido pelas mulheres, e a sobrecarga do trabalho formal conjuntamente com o trabalho doméstico ainda tem sido um embate. A OIT dispõe de estatísticas de Trabalho Doméstico para 163 países (84,5% do total). Com base nestas estatísticas, a OIT estimava um contingente de 67,0 milhões de Trabalhadoras e Trabalhadores Domésticos (Tdom) no mundo em 2013 – cerca de 80,0% eram mulheres (55 milhões). No Brasil, cerca de 6,5 milhões de pessoas estavam no trabalho doméstico em 2014, sendo 92,0% mulheres, das quais cerca de 60,0% negras.

Outros dados importantes são que no Brasil: 1/3 das trabalhadoras domésticas é composta por trabalhadoras pobres ou extremamente pobres; entre as adolescentes de 15 a 17 anos ocupadas, 17% estão no mercado doméstico, situação preocupante, pois é proibido trabalho doméstico nesta idade; em 2004, 27.6% das mulheres tinham carteira assinada e em 2014, o número era 33.3% (35.3% entre brancas e 29.8% entre as negras); e 41.5% das trabalhadoras domésticas são chefes de família.

Falar no trabalho doméstico é fundamental em um contexto de estudo sobre condições e oportunidades de trabalho para mulheres. Se o trabalho que mais emprega as mulheres é exatamente aquele com menos direitos e mais vulnerabilidade, resta clara a conexão entre discriminação e condições de trabalho. Se no caso das mulheres cisgêneras⁶ a realidade já é excludente, no caso das mulheres travestis e transexuais é ainda mais violenta e segregadora.

A igualdade de gênero no mundo do trabalho pode ser vista por três ângulos complementares: é um tema de direitos humanos e faz parte das condições essenciais para atingir uma democracia efetiva; é um tema de justiça social e diminuição da pobreza, na medida em que é condição para ampliar as oportunidades de acesso a um trabalho decente; e é um tema de desenvolvimento social e econômico, na medida em que promove a participação das mulheres na atividade econômica e na tomada de decisões relativas à formulação de políticas de desenvolvimento que respondam adequadamente aos objetivos da igualdade e trabalho digno.

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pelas Nações Unidas em 2015, é uma oportunidade para enfrentar as persistentes desigualdades de gênero e raça no trabalho. Ela reafirmou o consenso universal sobre a vital importância da igualdade de gênero e sua contribuição à execução dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (a criação de mais e melhores empregos para as mulheres; a proteção social universal e; a adoção de medidas para reconhecer, reduzir e redistribuir os trabalhos de cuidado e as tarefas domésticas não remuneradas).

Muitos esforços têm sido realizados ao longo de anos, tanto de representantes de movimento sociais feministas, representantes do Estado para efetivação de políticas das mulheres e organismos internacionais, mas a pauta da mulher é contínua, pois o machismo o sexismo, ainda são características que permeiam a construção de políticas

⁶ Denomina-se cisgênera a pessoa que tem identificação com o seu sexo biológico de nascimento.

públicas e a organização da sociedade, incluindo a realidade do mundo do trabalho.

3 | DIFICULDADES DE ACESSO AO TRABALHO DECENTE DE TRAVESTIS E MULHERES TRANSEXUAIS

Diante do contexto apresentado, é de suma importância analisar as dificuldades de acesso ao trabalho, a desigualdade de direitos das mulheres e o reflexo dessas violações em relação as travestis e transexuais femininas.

O trabalho prestado em condições de dignidade é fundamental para uma construção de identidade do trabalhador. O não reconhecimento da identidade de gênero das mulheres trans/ e ou travestis, geram violações duplamente agravantes, pois, além de não serem aceitas socialmente por serem mulheres trans e sofrerem discriminação diária por essa condição, em relação ao trabalho, os demais direitos também são ameaçados, restando-lhes as péssimas condições de trabalho nas ruas ou na prostituição. Portanto, a invisibilidade desta população retira-lhes a condição de sujeitos de direitos, de trabalhadoras e principalmente o direito a dignidade humana por meio de sua força de trabalho.

De acordo com Delgado (2015:16),

à identidade social desenvolvida por meio do trabalho, importa destacar que ela possibilita ao homem identificar-se intensamente como ser humano consciente e capaz de participar e de ser útil na dinâmica da vida em sociedade. Possibilita-lhe, também, desenvolver a consciência de que deve cuidar de si mesmo, preservando-se e exigindo que a dinâmica tutelar pelo Direito seja cumprida e aperfeiçoada para que esteja materialmente protegido

A identidade social da população trans desenvolvida por meio do trabalho tem trazido um quadro degradante e de completa violação. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu informações consistentes que indicam que as mulheres trans que são trabalhadoras sexuais são especialmente vulneráveis à violência em seu ambiente comunitário. Devido à discriminação no mercado do trabalho e outras adversidades que enfrentam socialmente, o trabalho sexual é, para muitas mulheres trans e travestis, a única forma de subsistência.

Uma pesquisa indica que aproximadamente 90% das mulheres trans no continente americano exercem o trabalho sexual e as estimativas para alguns países são ainda maiores, entre 94% e 95% no Peru e Chile, respectivamente⁷. Sabe-se que evasão escolar da população trans é muito alta no Brasil. Segundo a pesquisa Nacional sobre Estudantes LGBT e o Ambiente escolar de 2015, dos estudantes que participaram da pesquisa, a maioria sentiam-se inseguros nas instituições educacionais por causa de alguma característica pessoal, incluindo orientação sexual, gênero, identidade de gênero/

7. CIDH. Violência contra pessoas LGBTI. Washington: OEA, 2015, pg. 178

expressão de gênero⁸. Por isso, a maioria das mulheres trans/e ou travestis não conseguem encerrar os estudos primários e conseqüentemente não chegam ao ensino superior. Daí a justificativa de muitas para recorrerem a trabalhos de péssimas condições e muitas vezes em risco de vida.

No campo da vulnerabilidade social, a travesti e a mulher trans, sofrem diretamente com a violência institucional e estrutural que, por estarem sempre à margem, muitas não conseguem enfrentar coisas básicas da vida diária, tais como ir a um supermercado, ao banco, usufruir de seu direito de ir e vir, pois estão expostas a todo tipo de violência.

A exclusão é um processo histórico, por meio do qual uma cultura, utilizando-se do discurso da verdade, cria a rejeição e define os limites de pertença social.

Nas relações de trabalho, o limbo existencial é evidente, a ausência de uma ampliação do conceito de gênero contribui para a perpetuação da exclusão e discriminação, deixando no ostracismo os transgêneros e travestis e conseqüentemente expulsando-as do mercado de trabalho e da vida social.

Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos⁹, com 6.456 pessoas transgêneras e de gênero não conformes sobre o panorama do mercado de trabalho, relata que:

- I. há o dobro da taxa de desemprego dos entrevistados em relação à população geral;
- II. 90% dos entrevistados relataram ter vivido casos de assédio moral, maus-tratos e discriminação no meio ambiente do trabalho, necessitando esconder sua identidade de gênero para evitar as referidas situações;
- III. 47% disseram encontrar uma rejeição no mercado de trabalho, expressada pela demissão, não contratação e ausência de promoção pelo fato de serem pessoas transgêneras;
- IV. 26% afirmaram ter perdido o emprego por causa da sua identidade de gênero;
- V. 71% dos pesquisados preferiram ocultar sua identidade de gênero e a transição de gênero e 57% simplesmente atrasaram a transição, a fim de evitar a discriminação nas relações de trabalho;
- VI. 78% das entrevistas consideraram que, após terem se submetido à transição de gênero, sentiram-se mais cômodos no trabalho e seus desempenhos melhoraram – apesar dos altos níveis de assédio.
- VII. além de outros aspectos relacionados às pessoas transgêneras, o estudo identificou que 41% dos entrevistados tentaram suicídio.

As Organizações da América Latina informaram que a média de vida de uma mulher trans na região, e isso modifica a cada país, é de cerca de 35 anos de idade¹⁰.

As inúmeras pesquisas realizadas por organismos internacionais, organizações

8 ABGLT. Pesquisa nacional sobre o ambiente educacional no Brasil 2016. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

9 CIDH. Violência contra pessoas LGBTI. Washington: OEA, 2015.

10 Idem 11, pg. 176.

da sociedade civil, ativistas e acadêmicos enfatizam que a violência generalizada, o preconceito, a omissão familiar, dificultam que as mulheres trans tenham acesso à educação, a moradia adequada e acesso ao mercado do trabalho formal, situação que leva à extrema pobreza. Segundo o mesmo relatório, na América Latina, a discriminação e exclusão estrutural no mercado de trabalho, baseada na orientação sexual e identidade de gênero, são fatores que desencadeiam um ciclo de pobreza.

As pessoas LGBT, em situação de pobreza no Brasil, vivem em condições sociais mais vulneráveis, devido aos impactos do alto índice de desigualdade de distribuição de renda entre as classes sociais. Uma pesquisa realizada em 2013, pela Micro Rainbow Internacional (MRI), sobre a situação de pobreza da população LGBT no Rio de Janeiro, retratou bem a realidade do crescimento da violência, do preconceito e de mortes de LGBT em função da desigualdade significativa de distribuição de renda.

Essa desigualdade está diretamente ligada à falta de oportunidade de trabalho. Quando perguntado aos candidatos da pesquisa se eles acreditam que as pessoas heterossexuais possuem mais oportunidades em relação a população LGBT, a resposta não surpreendeu. Segundo a pesquisa 86% responderam que sim, que heterossexuais tem mais oportunidades e apenas 14% disseram que não. Por isso muitas pessoas LGBT não assumem sua sexualidade em entrevistas de trabalho e/ou dentro de empresas, para não serem alvo de preconceito¹¹.

Aparentar ser uma pessoa heterossexual cisgênera proporciona não apenas mais oportunidades, mas também um aumento na autoestima das pessoas, pois acreditam que podem, desta forma, ter maior acesso ao mercado de trabalho¹².

Para as mulheres trans e travestis a realidade se torna diferente, pois muitas vezes não têm como disfarçar suas identidades de gênero. Com isso, não conseguem ser inseridas de forma igualitária ao mercado de trabalho, restando-lhes trabalhos estigmatizados ou subempregos. Neste contexto apresentado, é notório que a situação da mulher trans e travestis não é favorável em nenhum sentido, seja com relação à garantia de oportunidade de trabalho, seja no acesso à escola, seja à moradia e principalmente, no acolhimento social em diversas políticas públicas.

Ressalta-se que a temática de Empregabilidade Trans está pautada por Instituições LGBT, Organizações não Governamentais e Organismos Internacionais, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Desde 2012, uma parceria liderada pela OIT, pelo Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS) e pelo PNUD, envolve representantes de sindicatos, organizações LGBT, empresas e governo para combater a homo-lesbo-transfobia no mundo do trabalho.

De maneira participativa, foi elaborado um manual direcionado a empresas contra a homo-lesbo-transfobia, assim como uma campanha no local de trabalho para que a

11 ITABORAHY, Lucas Paoli. Pessoas LGBT vivendo em pobreza no Rio de Janeiro. Brasília: OIT, 2015.

12 Idem 13, pg. 40.

população LGBT possa ter a sua dignidade e liberdade asseguradas, intitulado “Construindo a igualdade de oportunidades no mundo do trabalho: combatendo a homo-lesbo-transfobia”, lançado em 2014.

O documento – que aborda as questões trabalhistas ligadas aos direitos LGBT por meio de histórias de vida – é fruto de uma construção conjunta entre organismos da ONU (PNUD, OIT e UNAIDS) e 30 representantes de empregadores, trabalhadores, governo, sindicatos e movimentos sociais ligados aos temas LGBT e HIV/AIDS.

Segundo o manual, o “trabalho decente é direito de todos os trabalhadores e trabalhadoras, bem como daqueles ou daquelas que estão em busca de trabalho, representando a garantia de uma atividade laboral em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana¹³”.

4 | LITÍGIOS ENVOLVENDO TRANSEXUAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL

Para uma melhor compreensão da forma com que operadores do direito têm tratado o tema do preconceito contra pessoas transexuais e travestis, uma breve análise de alguns casos de litígios no âmbito da Justiça do trabalho será fundamental para perceber se a justiça fortalece o conceito de equidade ou as exclusões no mundo do trabalho, através de suas decisões.

1º Caso¹⁴: O primeiro retrata o caso de Nilce, que trabalhava na central de ambulância da cidade de Itu, no estado de São Paulo, há 14 anos. Em 2007, decidiu assumir a transexualidade e, a partir daí, alegou que sofreu perseguição por parte do seu superior hierárquico, o qual não lhe determinava mais serviço. Todos os dias, dirigia-se ao trabalho, mas o seu empregador lhe deixava na ociosidade, ou seja, não lhe permitia uma exposição, como se ela fosse uma grande anomalia que devesse ser escondida.

Em virtude dessa situação, Nilce impetrou uma ação judicial. Em primeira instância, o juiz do trabalho julgou improcedente o pedido de dano moral, eis que não vislumbrou nenhuma atitude discriminatória. Já em recurso, no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, foi reconhecido o assédio moral, ficando o município obrigado a pagar o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a título de indenização por dano moral, segundo o relator:

O fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos.

13 OIT, PNUD, UNAIDS. Promoção dos Direitos Humanos de pessoas LGBT no Mundo do Trabalho. Brasília: OIT, 2015.

14 Todos os casos tiveram seus nomes alterados para preservação das pessoas envolvidas, apesar de serem processos públicos.

O julgador, somente em segunda instância, compreendeu que houve verdadeira discriminação, de modo que fundamentou a condenação na Convenção n. 111 da OIT e nos artigos 1º, III e IV, da CF 3º e 5º, caput, da CF/88 e art. 1º da Lei n. 9.029/95.

2º Caso: O segundo caso refere-se a uma Reclamação Trabalhista ajuizada na Vara do Trabalho de Alta Floresta, no estado do Mato Grosso, na qual uma trabalhadora requereu dano moral em face da empresa que laborou, tendo em vista alegar que se sentia constrangida por ter que vestir o uniforme da empresa no mesmo ambiente no qual uma pessoa transgênera também utilizava. Na oitava em juízo, a reclamante informou que pessoa do sexo masculino, com nome feminino, utilizava o banheiro das mulheres. A empresa justificou que se tratava de uma pessoa transexual feminina e que a trabalhadora reclamante estava agindo com discriminação.

A juíza negou o pedido de danos morais, compreendendo que “não seria razoável que um trabalhador transgênero, com sentimentos e aparência femininos, fosse compelido a utilizar vestiário masculino”. Acrescentou que obrigar alguém a utilizar um vestuário particular específico seria também reafirmar o preconceito e a discriminação. Desse modo, julgou como acertada a decisão da empresa em permitir que a trabalhadora fizesse uso do vestiário feminino.

A decisão baseou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e especificamente nas resoluções da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre orientação sexual e identidade de gênero, assim como nos Princípios de Yogyakarta.

3º Caso: O terceiro caso, por sua vez, é semelhante ao anterior. Refere-se à Reclamação Trabalhista, processada na 3ª Vara do Trabalho de Curitiba, ajuizada por uma transexual. A reclamante ajuizou reclamatória, alegando que sofreu diversos constrangimentos na empresa em razão de sua não identificação com seu gênero biológico. Narrou que era obrigada a utilizar os vestuários e banheiros masculinos, assim como era assediada moralmente pelos colegas de trabalho (recebia bilhetes com dizeres de baixo calão e teve seu armário arrombado).

O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido de dano moral, uma vez que considerou que “a utilização dos vestuários masculinos pela autora, que possui auto identificação com o gênero feminino, mas tem aparência do gênero masculino, por si só, não é capaz de ensejar o pagamento de indenização por dano moral”. No julgamento do Recurso Ordinário, a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reformou a decisão de primeira instância, condenando a empresa Kraft Foods a pagar uma indenização por danos morais no valor de R\$ 5 mil (cinco mil reais). Segundo o revisor, Desembargador Edmilson Antônio de Lima:

Pelo depoimento da preposta é possível concluir que a identidade de gênero feminino era do conhecimento da ré e dos colegas de trabalho da parte autora. Portanto, uma vez que a ré admite em defesa que o superior hierárquico tratava a autora como

figura masculina, há evidente discriminação, circunstância que não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário. Com relação ao dano decorrente da proibição de utilização do vestiário feminino, também entendo que a decisão de origem merece reparo. (...) embora biologicamente a autora tenha nascido com genitália masculina, no caso dos autos, ao que tudo indica, ela age socialmente como mulher (veste-se como mulher e prefere ser chamada de Renata), assim como aquelas que assim o são por determinação biológica. A autora se vê como mulher e assim espera ser tratada pela sociedade. As travestis, transexuais, ou seja, as transgênero de modo geral devem ser encaradas como mulheres na utilização do banheiro e em qualquer ocasião de suas vidas sociais, em respeito ao princípio da dignidade humana, sem nenhuma discriminação (art. 3º, IV, da CRFB/1988). Ainda, vale destacar que segundo os termos da defesa, “as instalações contam banheiros e chuveiros privativos. Ou seja, não havia necessidade de as empregadas despirem-se totalmente na frente das outras. A situação de a autora ser vista de lingerie perante os empregados do sexo masculino me parece mais desconfortante do que as empregadas do sexo feminino serem vistas de lingerie pela parte autora, que também se vê como mulher (fl. 93).

Importante destacar que não se pretende com os casos apresentados, fazer uma análise da justiça brasileira neste curto artigo, mas é possível encontrar algumas pistas importantes para uma futura discussão mais aprofundada a luz dos princípios constitucionais.

5 | CONCLUSÃO

As poucas leis de proteção da população LGBT no Brasil, a análise dos julgados sobre discriminação de LGBTs com foco nas travestis e mulheres transexuais no trabalho, a aplicabilidade dos direitos fundamentais, a análise das leis supralegais que garantem direitos universais, incluindo as Resoluções Internacionais, Tratados e Convenções e iniciativas de boas práticas, tornam-se estruturantes para o combate à violação de direitos dessa população específica.

A Convenção n. 111 da OIT, de 1958 define discriminação no trabalho como: “Qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou social que tenha como efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na ocupação”. Discriminação é, portanto, a negação da igualdade de oportunidades e de tratamento e se configura violação de Direitos Humanos.

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação

dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

As obrigações legais dos Estados de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT estão bem estabelecidas no ordenamento internacional de direitos humanos. Os fundamentos da não discriminação estão baseados de forma clara na Declaração Universal de Direitos Humanos, Acordos Internacionais e Tratados Internacionais. Todas as pessoas, independente do sexo, orientação sexual ou identidade de gênero têm direito de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos, e isso inclui direito a vida, a segurança, a privacidade, direito a ser livre, dentre outros direitos básicos.

Os princípios fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito – Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade e da não Discriminação, são basilares e tem otimizado a aplicabilidade das normas. Segundo Robert Alexy (2011:75), “princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização”. Neste sentido os Princípio Fundamentais têm contribuído para efetivação de direitos.

Segundo análise de Gabriela Neves Delgado (2015:08), “na perspectiva e afirmação do Estado Democrático de Direito, fundado e ancorado na Constituição da República, tais fundamentos se concentram na compreensão do sentido e da extensão do direito fundamental ao trabalho digno”(…). É necessário, pois reforçar o argumento de que estar protegido pelo trabalho significa também concretizar, no plano constitucional, os direitos fundamentais trabalhistas que assegurem um patamar mínimo de vida digna.

Maurício Delgado Godinho (2013:43), fala de um inovador conceito de “Estado Democrático de Direito, fundado em um inquebrantável tripé conceitual: *pessoa humana*, com sua *dignidade*; *sociedade política*, concebida como *democrática e inclusiva*; sociedade civil, também concebida como *democrática e inclusiva*”.

Para Goldinho (2013:43), “são indispensáveis a estrutura e a operação prática de um efetivo Estado Democrático de Direito sem a presença de um Direito do Trabalho relevante na ordem jurídica e concreta dos respectivos Estado e sociedade civil”. Para ele,

grande parte das noções normativas de democratização da sociedade civil, garantia da dignidade humana na vida social(...) e garantia da valorização do trabalho(...), ou seja, grande parte das noções essenciais da matriz do Estado democrático de Direito estão asseguradas, na essência, por um amplo e eficiente Direito do Trabalho disseminado na economia e sociedade correspondente

A Constituição da República, em destaque a de 1988 no Brasil, dita como a mais democrática das constituições, “confere aos direitos sociais a estatura de direitos fundamentais do ser humano”, assegurando um mínimo civilizatório quando se trata de proteção social e direitos no mundo do trabalho, “além de uma notória valorização dos

direitos da cidadania” (DELGADO, 2016).

Desta forma, diante da análise apresentada, entende-se que a garantia de direito à População Trans no quesito trabalho deve avançar na mesma velocidade das mudanças sociais. Porém faz-se mister o aprofundamento nas temáticas em questão para que seja efetivado o cumprimento dos direitos, sem distinção, à luz dos princípios constitucionais, primando pela efetivação de direitos humanos fundamentais a essa parcela da população com característica marcantes de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pg. 65.

ABGLT. **Pesquisa nacional sobre o ambiente educacional no Brasil 2016**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2016.

BUTLER, Judith. **Deshacer el género**. Barcelona: Paidós, 2006.

_____, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 8 ed. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2015.

CIDH. **Violência contra pessoas LGBTI**. Washington: OEA, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. “Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno”. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. “Cidadania, Democracia e Direitos Sociais - impasses e desafios em um século de História do Brasil”. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal. Volume II, Número 2, 2º semestre de 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

GIULANI, P.C. **Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira**. In: *História das Mulheres no Brasil*. Mary Del Priori (org). São Paulo: Contexto, 2000.

ITABORAHY, Lucas Paoli. **Pessoas LGBT vivendo em pobreza no Rio de Janeiro**. Brasília: OIT, 2015.

OIT. Convenção 100: *Igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor*. Genebra, 1957.

_____. Convenção 111: *Discriminação em matéria de emprego e ocupação*. Genebra, 1958.

_____. *A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna*. OIT: Brasília, 2012

_____. *Mulheres no trabalho*. Genebra: OIT, 2016.

OIT, PNUD, UNAIDS. **Promoção dos Direitos Humanos de pessoas LGBT no Mundo do Trabalho**. Brasília: OIT, 2015.

ONU. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.** Nova York, 1979.

____. Human rights council panel on ending violence and discrimination against individuals based on their sexual orientation and gender identity. Summary of discussion. Geneva. 2012.

____. Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Nova York: ONU, 2015.

AS CENTRAIS SINDICAIS BRASILEIRAS E SEU FINANCIAMENTO À LUZ DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 11.648/2008 E DA LEI Nº 13.467/2017: UMA RELEITURA DE T.H. MARSHALL A PARTIR DA PROPOSIÇÃO DE UMA CIDADANIA SINDICAL

Data de aceite: 03/08/2020

Felipe Oswaldo Guerreiro Moreira

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

<http://lattes.cnpq.br/6209550262264722>

Anne Ferreira

Fundação Universitária Regional de Blumenau
(FURB)

<http://lattes.cnpq.br/5024161325453089>

RESUMO: Trata-se de artigo cujo objeto de estudo se consubstancia nas centrais sindicais brasileiras e no seu financiamento, especialmente a partir das inovações da Lei nº 11.648/2008 e da Lei nº 13.467/2017, trazendo também a proposição de uma cidadania sindical a partir da releitura de T. H. Marshall. Para tanto, inicia-se com uma abordagem histórica sobre o sistema sindical brasileiro, com enfoque posterior na atual disciplina legal a respeito das centrais. Após, discute-se a cidadania na obra de Marshall e sua conexão com o sistema sindical brasileiro. Propugna-se, por fim, pela construção do que se intitulou como cidadania sindical, descrevendo sua correlação com o sistema sindical e seu custeio no Brasil dos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Centrais sindicais. Cidadania. Cidadania sindical.

THE BRAZILIAN TRADE UNIONS AND ITS FUNDING BY THE INNOVATIONS OF THE LAW 11.648/2008 AND THE LAW 13.467/2017: A RELEASE OF T.H. MARSHALL FROM THE PROPOSITION OS A SYNDICAL CITIZENSHIP

ABSTRACT: It is an article whose object of study is the Brazilian trade union centrals and their financing, especially from the innovations of the law 11.648/2008 and the law 13.467/2017, bringing the proposition of a trade union citizenship by a release of T. H. Marshall's work. Therefore, the article uses the historical context of the Brazilian syndical system, with a focus on the current legal discipline about trade unions. Afterwards, citizenship in Marshall's work and its connection with the Brazilian trade union system are discussed. Finally, it is proposed the construction of what is called syndical citizenship, describing its correlation with the syndical system and its cost in Brazil today.

KEYWORDS: Trade unions. Citizenship. Syndical citizenship.

1 | INTRODUÇÃO

Tendo em conta que o tema deste estudo é o sistema sindical brasileiro (e seus meios de financiamento), com um claro enfoque nas centrais sindicais, é necessário – antes de discorrer especificamente acerca da discussão objeto do trabalho – fazer uma abordagem acerca da organização sindical como um todo no país, com o escopo de facilitar a compreensão do que se abordará.

Frisa-se, nesta linha, que o estudo da classe trabalhadora na maioria das oportunidades acaba sendo extremamente deixado de lado, eis que a história acaba enfocando nomes e mais nomes de presidentes, ministros, generais, reis e rainhas, mas pouco se lembra a respeito dos trabalhadores que efetivamente constroem o mundo em que vivemos (GIANOTTI, 2009).

Noutras palavras: lembra-se de quem deu nome às grandes obras públicas, mas pouca atenção se dá àqueles que efetivamente colocaram a força de seu trabalho para construí-las. Pois bem. Com isso em mente e com o objetivo de fazer exatamente o inverso do que normalmente é feito, entende-se que não se faz possível analisar toda a organização sindical brasileira vigente sem, antes, traçar uma breve linha cronológica histórica dos movimentos envolvendo os trabalhadores no Brasil.

2 | APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O SISTEMA SINDICAL BRASILEIRO E CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS CENTRAIS SINDICAIS

A partir do desenvolvimento do capitalismo não há somente um aumento do número de operários, mas também um vertiginoso crescimento no choque entre a classe obreira e a patronal. Neste sentido, antes que houvesse qualquer atividade legislativa no Brasil sobre o movimento sindical, já estavam presentes algumas fagulhas informais do que estava por vir.

Uma das primeiras lutas organizadas, ainda que sem a presença de sindicatos, foi a dos tipógrafos dos jornais Diário do Rio de Janeiro, Correio Mercantil e Jornal do Comércio, que entraram em greve no ano de 1858 por descontentamento com os míseros salários que auferiam à época (TELLES, 1981).

Mais adiante, outras greves foram surgindo no Rio de Janeiro e em São Paulo:

Em 1886, verificou-se a greve dos caixeiros, no Rio, pela extinção do trabalho noturno e aos domingos. Em 1891, verificou-se uma greve dos ferroviários da Central, a qual paralisou todo o tráfego. Em 1900, houve a greve dos estivadores, no Rio, por aumento de salários, a qual foi organizada e dirigida pelo Grêmio Popular dos Estivadores. Nesse ano, verificou-se a greve dos sapateiros, por aumento de salários, greve que teve a duração de 2 meses. Em 1901, desencadeou-se a greve dos trabalhadores da fábrica Tabacow, em São Paulo, contra o atraso do pagamento. Ainda em 1901, realizaram-se as greves dos trabalhadores da fábrica Diodatto Leume & Cia., em São Paulo, pela regularização do pagamento dos salários e pela sua realização em dias fixos. Realizou-se também a greve dos trabalhadores em pedreiras, pela diminuição das jornadas de 12

para 10 horas. Em 1903, verificou-se a maior greve até então havida: 25 000 trabalhadores têxteis declararam-se em greve e, durante 20 dias, permaneceram parados, exigindo a redução para 9 horas e meia da jornada de trabalho. (TELLES, 1981, pp. 2-3.)

Destacou-se todo este rol de greves para demonstrar que, ainda sem qualquer disposição legal disciplinando tal situação, os trabalhadores já começavam a se organizar em grupos para a defesa de seus interesses e de suas lutas.

Somente em 1903 surgiu a primeira legislação a respeito da sindicalização (ABREU, 2005): o Decreto Legislativo nº 979 (BRASIL, 1903), de 06 de janeiro de 1903, cujo artigo 1º dispunha a respeito da possibilidade de os profissionais da agricultura e das indústrias rurais se organizarem em sindicatos para o estudo, custeio e defesa de seus interesses.

Posteriormente, em 1907, vem à tona a primeira lei acerca do sindicalismo urbano de trabalhadores de profissões similares ou conexas (NASCIMENTO, 2009). Trata-se do Decreto Legislativo nº 1.637 (BRASIL, 1907), de 05 de janeiro de 1907, que é considerado amplo, por permitir a sindicalização de todos os profissionais, inclusive os liberais (ABREU, 2005).

No entanto, há efetivamente uma lei sindical apenas em 19 de março de 1931, com a edição do Decreto nº 19.770 (BRASIL, 1931). A partir de então, permitia-se a todas as classes patronais e operárias, que exerciam atividades idênticas, similares ou conexas, a organização em sindicatos independentes entre si. Tal legislação tomou tamanha relevância e provocou uma mudança tão considerável que, em 1933, restou determinada a participação de representantes de associações profissionais ou sindicais na Assembleia Constituinte daquele ano, com os mesmos direitos que competiam aos demais membros constituintes (ABREU, 2005).

Mais adiante, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, 1943) em 1º de maio de 1943, as entidades sindicais tomam uma forma que, conforme pontua Abreu (2005), consolidou os ditames do Decreto-Lei nº 1.402/1939 (BRASIL, 1939) e acabaria por se manter praticamente intocada até a Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988).

Sob o ponto de vista sindical-político, a partir de 1977 surge o que comumente se intitula de Novo Sindicalismo, que pode ser compreendido como o período histórico iniciado pela luta por reposição salarial em 1977 e, sobretudo, pela explosão das greves no ano de 1978 - as quais, a partir da fábrica da empresa Scania em São Bernardo (SP), espalharam-se pelo país (ZANETTI, 1995).

Trata-se de uma maneira de se distinguir do período anterior, chamado de Velho Sindicalismo, no sentido de práticas que se coadunavam com o sindicalismo de Estado, cujas características principais eram as seguintes: sindicato corporativo (com uma estrutura vertical, sem participação dos trabalhadores), sustentado apenas pelo imposto sindical e amparado em práticas eminentemente assistencialistas (ZANETTI, 1995).

Na década de 1980, uma série de acontecimentos influenciaram a sociedade civil

e o sistema produtivo do país – e, por conseguinte, o movimento sindical –: as crises do petróleo, do desemprego, da moeda e do estado social, provocando profundas transformações nas relações de trabalho (MISAILIDIS, 2001). Com o início da transição democrática, as lideranças sindicais e as correntes progressistas encontraram estrutura administrativa e recursos que lhes possibilitavam a realização de numerosos eventos (reuniões, conferências, congressos, etc), consoante Mirta Lerena Misailidis (2001), o que alterou o rumo da atividade sindical.

Nessa época (mais precisamente em agosto de 1981), realizou-se a Conferência da Classe Trabalhadora – CONCLAT, que contou com a participação de 480 sindicatos urbanos, 384 sindicatos rurais, 33 federações urbanas, 17 federações rurais e 4 confederações, além de inúmeras associações pré-sindicais, sendo que a partir daí surgiram as centrais sindicais brasileiras, conforme pondera José Carlos Arouca (2009).

As centrais, então, tornaram-se definitivas – ainda que sem regulamentação legal – e não somente ocuparam o lugar das confederações como também se tornaram os organismos de coordenação dos sindicatos, tendo como marca fundamental a ideologização assumida, que determina o perfil dos filiados (AROUCA, 2009).

É neste contexto sindical que, mais tarde, com a Carta Magna de 1988, tem-se como consolidadas algumas questões a respeito da organização sindical brasileira, com especial atenção ao *caput* e incisos do artigo 8º, da CF:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. (BRASIL, 1988)

Nesta linha, destaca-se que a retomada da democracia no Brasil “contaminou” positivamente todos os setores da sociedade no afã pela liberdade (STÜRMER, 2013), o que ocorreu também em relação às disposições constitucionais atinentes à organização sindical. No entanto, a liberdade sindical acabou por ser limitada especialmente por dois incisos do artigo 8º, consoante Gilberto Stürmer (2013).

Destaca-se, neste ponto, a unicidade sindical (inciso II), segundo a qual se mostra vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial.

Ademais, outro inciso responsável por frear a liberdade sindical plena foi o IV, uma vez que, ao referir que a contribuição para custeio do sistema confederativo será instituída independentemente da contribuição prevista em lei, fez com que houvesse a recepção da contribuição sindical obrigatória prevista nos artigos 578 a 610 da CLT (BRASIL, 1943), como bem assevera Stürmer (STÜRMER, 2013).

Contudo, com a Reforma Trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), houve uma alteração nessa questão, pois, consoante a nova redação dos arts. 578 e 579, verifica-se que a contribuição sindical deixou de ser obrigatória. Isto porque os referidos dispositivos dissertam acerca da necessidade de uma prévia e expressa autorização do trabalhador para que seja efetuado o recolhimento, ocasionando em significativo enfraquecimento do sindicalismo no país – assunto que será objeto de análise posteriormente.

Feito, pois, este brevíssimo apanhado acerca da história sindical brasileira até a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), é de se avançar no estudo, iniciando a análise acerca da pirâmide sindical brasileira a partir das inovações oriundas da Lei nº 11.648/2008, conhecida como “Lei das Centrais” (BRASIL, 2008).

São seis as principais centrais sindicais brasileiras, cuja representatividade do total de trabalhadores está assim disposta¹: Central Única dos Trabalhadores – CUT (30,40%), União Geral dos Trabalhadores – UGT (11,29%), Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB (10,08%), Força Sindical – FS (10,08%), Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB (8,15%) e Nova Central Sindical de Trabalhadores (7,45%).

Independentemente da quantidade de centrais existentes hodiernamente, é importante asseverar que dita legislação tão somente deu reconhecimento jurídico-formal a algo que de fato já existia. Como se mencionou anteriormente, as centrais sindicais tiveram seu nascimento nos idos da década de 1980, e desde então já exerciam sua função.

Cabe levantar que a CF (BRASIL, 1988), em seu art. 8º, inciso II, dispõe que é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, o que corresponde ao princípio da unicidade sindical. Ocorre que a Lei nº 11.648/2008 (BRASIL, 2008) integrou formalmente as centrais ao sistema sindical brasileiro, mas o fez permitindo a criação de diversas centrais, desde que cumpridos os requisitos insculpidos no respectivo artigo 2º.

Vê-se aí uma complexa discussão. Para parte da doutrina, há flagrante inconstitucionalidade na norma ora analisada:

1 Os dados acerca da representatividade de cada uma das centrais sindicais brasileiras foram obtidos a partir do despacho do então Ministro do Trabalho e Previdência Social, publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 01/04/2016, em cumprimento ao art. 4º, §2º, da Lei nº 11.648/2008. Ressalta-se que, ao menos oficialmente, não houve nova disponibilização de números mais atualizados. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?journal=1&pagina=132&data=01/04/2016>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Para nós (...) a inconstitucionalidade é flagrante, pois o inciso II do art. 8º menciona organização e não sindicato, sendo que a primeira tem alcance amplo, envolvendo toda a estrutura verticalizada e horizontal. Não fosse assim, também federações e confederações poderão se atomizar num sistema de pluralismo, pois da mesma forma não representam categorias, mas organizações de sindicatos. (AROUCA, 2009, p. 123)

Houve, ademais, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.067 por parte do Partido Democratas (DEM), cujo escopo é a discussão acerca da constitucionalidade – ou não – da destinação de 10% da contribuição sindical compulsória para as centrais sindicais e da participação destas instituições nos fóruns tripartites, sob o argumento de que as centrais não fazem parte da pirâmide sindical brasileira. Referida ADI está com o julgamento suspenso perante o Supremo Tribunal Federal (STF), após pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

De qualquer forma, discussões à parte, o fato é que a Lei das Centrais tão somente positivou o que já existia. A diferença, contudo, reside na questão da sustentabilidade financeira das aludidas organizações sindicais, uma vez que os 10% da contribuição sindical compulsória (destinados às centrais sindicais a partir da edição da lei), se adequadamente investidos, fazem com que estas instituições tenham recursos suficientes para poder mobilizar sua base e exercer sua função política em favor dos trabalhadores.

No entanto, sob o prisma político, a questão mais importante é a de que tal legislação “(...) regulamenta o art. 10 da Constituição Federal, atendendo a Convenção n. 144 da OIT que procura realizar a tríplice aliança Estado/capital/trabalho para a obtenção da paz social” (AROUCA, 2009, p. 125), porquanto disciplina, em seu artigo 1º, inciso II, que as centrais sindicais deverão participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.

3 | O FIM DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA AOS SINDICATOS PROMOVIDO PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/2017) E SEUS IMPACTOS: O SEU ENFRAQUECIMENTO FINANCEIRO COMO MAIS UM COMPONENTE PARA ATRIBUIR IMPORTÂNCIA À ATIVIDADE DAS CENTRAIS SINDICAIS

Neste sentido, é oportuno mencionar também que houve diversos prejuízos que a Reforma Trabalhista trouxe no âmbito do Direito Coletivo das Relações de Trabalho, mais especificamente ao exercício do sindicalismo em nosso país, por meio de diversas alterações combinadas, o que influenciou no enfraquecimento dessas entidades representativas. Quanto ao custeio dos sindicatos, especificamente, há duas problemáticas que merecem destaque, as quais serão tratadas a seguir, com base na doutrina de Mauricio Godinho Delgado (2018).

Em um primeiro momento, deve-se salientar que a Lei nº 13.467/2017 (BRASIL,

2017) tornou facultativa a contribuição sindical, conforme se verifica pela nova redação dada aos arts. 545, caput, 578, 579, 582, caput, 583, 587 e 602, todos da CLT. O problema é que por significativo período tal contribuição era obrigatória. Ademais, vale constar que não houve um período de adaptação promovido pela legislação, isto é, não houve qualquer gradação para diminuir a quantia ora contribuída, simplesmente fora retirada de pronto, o que fez com que tal alteração tenha sido, de certa forma, dramática na prática.

Em segundo lugar, conforme Mauricio Godinho Delgado (2018), há que se frisar que referida lei também não autoriza a cota de solidariedade dos trabalhadores representados, a qual também é conhecida por contribuição negocial ou assistencial. Para esclarecer a sua importância, consigna-se que tal cota consta em convenção ou acordo coletivo de trabalho para fins de reforço do sindicalismo após uma exitosa negociação.

Além disso, é relevante preceituar que com esta reforma legislativa os sindicatos também podem virar oponentes aos trabalhadores, haja vista o largo rol de direitos que podem ser objeto de negociação coletiva, conforme prevê o novo art. 611-A da CLT (DELGADO, 2018).

Outra alteração significativa no contexto sindical foi a extinção de sua participação para homologar as rescisões contratuais, posto que houve a revogação do §1º do art. 477, o qual dispunha acerca da fiscalização do respectivo sindicato da categoria ou perante autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social a fim de validar o término da relação contratual de trabalho e evitar qualquer vício.

Por fim, porém não menos importante, a Reforma Trabalhista instituiu a comissão de representação dos empregados nas empresas, órgão que pode ser positivo, porém é de se ressaltar que tal comissão se torna, de certa forma, “concorrente” dos sindicatos, dado que o art. 510-C, §1º da CLT com sua nova redação, veda a participação e interferência dos sindicatos nessas comissões, o que pode ser um ponto negativo em relação à representatividade dos interesses obreiros.

Destacadas todas as mudanças que sobrevieram com a reforma trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017), pode-se dissertar que se obteve um enfraquecimento dos sindicatos no Brasil, não só em relação ao seu custeio, como também no que diz respeito à sua atuação. Outrossim, há que se levar em conta que o desconhecimento por parte da classe trabalhadora da larga função que os sindicatos possuem e possuíram torna ainda maior o seu desprestígio e dificulta a luta relativa aos direitos sociais dos trabalhadores, inclusive por parte das Centrais Sindicais, para garantia de um ambiente de trabalho saudável.

Porquanto, o que se entende é que como a estrutura sindical brasileira funciona como um sistema, torna-se inevitável que tais impactos provenientes da reforma afetem também as Centrais Sindicais, uma vez que inúmeras conquistas sociais e políticas foram retroagidas, motivo pelo qual o seu exercício tornar-se-á ainda mais necessário a fim de retomar todas as medidas perdidas.

Considerando tais premissas, a presente produção tem o intuito de discorrer a respeito de um conceito e do exercício da cidadania. Para isso, focaremos nas contribuições científicas trazidas por Marshall para difundir uma nova ideia e conceito de cidadania, qual seja: a cidadania sindical – assuntos que serão estudados nos próximos tópicos.

4 | A CIDADANIA EM T.H. MARSHALL: O QUE O SISTEMA SINDICAL BRASILEIRO E O SEU CUSTEIO TÊM A VER COM ISSO?

É neste momento, pois, que entra em cena a conexão que este estudo pretende realizar. Trata-se de um *link* entre o conceito de cidadania para o sociólogo britânico Thomas Humphrey Marshall e a questão envolvendo o sistema sindical brasileiro (e seu custeio), com enfoque específico nas centrais.

Para que se possa trazer à tona esta conexão, tem-se como lógico fazer um apanhado do conceito de cidadania para Marshall. Em sua obra “Cidadania e Classe Social” (MARSHALL, 1988), o autor efetua a divisão da cidadania em três partes: civil, política e social.

No que tange à civil, aduz que se consubstancia nos direitos necessários à liberdade propriamente individual - ir e vir, de imprensa, de pensamento e fé, propriedade, entre outros (MARSHALL, 1988). Em relação ao elemento político, Thomas Humphrey Marshall (1988) traz que este se caracteriza pelo direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido de autoridade no prisma da política, ou mesmo na condição de eleitor dos membros de tal organismo. Por fim, no tocante à partição social, esta pode ser compreendida como tudo o que vai desde o direito a um mínimo bem-estar econômico até a possibilidade de participar da herança social de uma determinada comunidade (MARSHALL, 1988).

Mostra-se necessário ressaltar que, em um primeiro momento, os três elementos *supra* mencionados estavam fundidos num só, eis que as instituições estavam amalgamadas (MARSHALL, 1988). Com o transcorrer da história, houve uma separação mais clara entre as três partes, podendo-se inclusive atribuir a um momento da humanidade cada uma delas:

Quando os três elementos da cidadania se distanciaram uns dos outros, logo passaram a parecer elementos estranhos entre si. O divórcio entre eles era tão completo que é possível, sem distorcer os fatos históricos, atribuir o período de formação da vida de cada um a um século diferente – os direitos civis ao século XVIII, os políticos ao XIX e os sociais ao XX. Estes períodos, é evidente, devem ser tratados com uma elasticidade razoável, e há algum entrelaçamento, especialmente entre os dois últimos. (MARSHALL, 1988, p. 11)

Dentre as observações feitas em todo o transcorrer da obra, destaca-se o momento em que Thomas Humphrey Marshall (1988) discorre que um dos principais feitos do poder político no século XIX foi abrir o caminho para o desenvolvimento do sindicalismo,

tornando os trabalhadores capazes de se valerem de seus direitos coletivamente.

5 | A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADANIA SINDICAL

Surge aqui a principal questão deste trabalho. Entende-se que é possível se falar em uma cidadania sindical, a qual possui conexões – a partir de uma leitura da obra de Thomas Humphrey Marshall (1988) – sob dois dos prismas trazidos pelo sociólogo britânico: político e social.

Quanto ao elemento político, não há dúvidas de que os trabalhadores exercem participação direta no âmbito político de um sindicato, ainda que tão somente na condição de eleitores da respectiva direção sindical. Além do mais, é por intermédio das organizações sindicais – com enfoque especial para as centrais, como adiante tratar-se-á – que há pressão política em órgãos governamentais e patronais, de tal sorte que os obreiros, ainda que indiretamente, exercem tal pressão justamente por intermédio de seus entes sindicais.

O elemento social dentro da cidadania sindical, ao seu turno, deve ser elencado como o fato de que, por intermédio da pressão e luta sindical (exercida nas suas mais diversas maneiras e searas), o trabalhador acaba por conseguir um mínimo de bem-estar econômico e segurança². Ou seja: a partir da junção dos fatores político e social, a cidadania sindical é exercida na sua plenitude.

Para tanto, a função das centrais sindicais é sobremaneira relevante, especialmente a partir da edição da Lei nº 11.648/2008 (BRASIL, 2008), já que são as centrais as responsáveis por participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite (nos termos do artigo 1º, inciso II, da mencionada legislação).

Logo, toda a pressão sindical em âmbito *macro* acaba sendo feita, de modo geral, pelas centrais sindicais atualmente existentes no país. Não se descarta, por óbvio, a absoluta relevância e necessidade das entidades sindicais de primeiro grau (que exercem, além de vários outros trabalhos, a função de negociação sindical direta com o patronato), bem como das demais organizações sindicais (federações e confederações). A questão a se tratar, contudo, é mais sob o ponto de vista amplo, no combate dos trabalhadores a eventuais propostas que tendam a diminuir seus direitos, bem como lutar por um avanço legislativo.

Está aí, pois, a cidadania sindical – ora pleiteada – na sua maneira mais complexa e abrangente. Ainda que indiretamente, o obreiro pode efetuar pressão em seus dirigentes que, ao seu turno, igualmente pressionam a direção das centrais sindicais, as quais possuem a força política e financeira para efetuar *lobby* (na acepção correta do termo)

2 A expressão “mínimo de bem-estar econômico e segurança” é utilizada exatamente por T.H. Marshall para explicar o que entende por elemento social, dentro da tripartição teórica da cidadania.

junto ao Poder Legislativo e à sociedade como um todo.

Aliás, é exatamente por tal razão que poderia se considerar relevante a manutenção do custeio das centrais sindicais do modo como se dava anteriormente, isto é, antes da alteração legislativa feita pela reforma em 2017, uma vez que se referidas entidades não tiverem condição financeira suficiente para suas mobilizações, ante a atual contribuição facultativa aos sindicatos, todo o seu escopo se dissipará e os trabalhadores acabarão sendo extremamente prejudicados. De qualquer forma, o fato é que a legislação foi alterada, e o sistema sindical deve se adequar à nova realidade.

Assim, urge que se tenha plena consciência da possibilidade e necessidade da construção de uma cidadania sindical, uma vez que ainda não há sua plena efetivação, a fim de que os trabalhadores possam exercer sua força política e social, de tal sorte que não sejam soterrados por uma onda de retirada de direitos, como muitas vezes se verifica no Brasil.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual pirâmide sindical brasileira, a partir da edição da Lei nº 11.648/2008 (BRASIL, 2008), restou deveras modificada, ao menos sob o prisma formal. As centrais sindicais, até então existentes sem uma devida formalização, passam a ganhar disciplina legislativa e forma de custeio devidamente positivada, não obstante tenham sido diretamente atingidas pela lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017) em momento posterior.

São as centrais as principais responsáveis pela mobilização da classe trabalhadora de maneira *macro*, uma vez que congregam sindicatos, federações e confederações de diversas categorias e regiões do país. As entidades de base, por óbvio, tem sua importância nas realidades pontuais de cada uma das estirpes profissionais, mas em princípio não possuem o necessário poder de mobilização mais amplo, o qual é intrínseco às centrais sindicais.

No entanto, ainda se percebe que as centrais muitas vezes acabam não possuindo a necessária infiltração nos trabalhadores, que muitas vezes as desconhecem ou não compreendem exatamente sua diferenciação com as demais entidades sindicais existentes. Com isso, o que se propõe é um complexo repensar de toda essa situação, apontando para a criação – que é teórica, mas que pode e deve ter influência prática – da intitulada cidadania sindical, a partir da releitura da obra de T. H. Marshall, que propugna a existência de três esferas da cidadania (civil, política e social).

Tal qual se elencou, a cidadania sindical abrangeria duas dessas partições: a política, porque os obreiros exercem participação direta no âmbito político de um sindicato, cujos líderes ao seu turno acabam por exercer pressão no “topo” da pirâmide sindical brasileira (ou seja, nas centrais); e a social, pois somente por via da luta sindical é que a classe trabalhadora consegue um mínimo de segurança sob todos os aspectos (financeira, de

amparo social, etc).

Nota-se, assim, que a cidadania sindical somente é exercida na sua absoluta plenitude se presentes as duas esferas (política e social). Contudo, há que se frisar que nada disso é possível sem condições financeiras. É evidente que se trata de um papel da academia jurídica o estudo de novas possibilidades de aperfeiçoamento dos meios de financiamento das entidades sindicais, mas deve ser ressaltado que a manutenção do *status quo*, por si só, já acaba facilitando o razoável andamento dos trabalhos sindicais. Não se trata de interromper uma luta pelo avanço dos direitos da classe trabalhadora, mas é fato que em muitas oportunidades, o impedimento de graves retrocessos acaba sendo uma verdadeira vitória.

Por isso, o custeio das centrais sindicais deve ser alvo de intensa discussão por parte dos envolvidos com o Direito do Trabalho, sob pena de sucateamento da pirâmide sindical brasileira e completa impossibilidade do exercício de uma verdadeira cidadania sindical.

REFERÊNCIAS

ABREU, Osmani Teixeira de. **As relações de trabalho no Brasil a partir de 1824**: greves, organização e movimento sindical, legislação, justiça do trabalho, contratos coletivos – evolução das convenções e acordos coletivos, evolução dos dissídios coletivos. São Paulo: LTr, 2005.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 979**, de 06 de janeiro de 1903. Faculta aos profissionais da agricultura e indústrias rurais a organização de sindicatos para defesa de seus interesses. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D0979.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Decreto Legislativo nº 1.637**, de 05 de janeiro de 1907. Cria sindicatos profissionais e sociedades cooperativas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1637-5-janeiro-1907-582195-publicacaooriginal-104950-pl.html>>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 19.770**, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 1.402**, de 05 de julho de 1939. Regula a associação em sindicato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1402.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Lei nº 11.648**, de 31 de março de 2008. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2018.

GIANOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Mauad X, 2009.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania e classe social**. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.

MISAILIDIS, Mirta Lerena. **Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências**. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2009.

STÜRMER, Gilberto. **Comentário ao artigo 8º**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TELLES, Jover. **O movimento sindical no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

ZANETTI, Lorenzo. **O “novo” no sindicalismo brasileiro: características, impasses e desafios**. Rio de Janeiro: Fase, 1995.

ZANGRANADO, Carlos Henrique da Silva. **Breves Considerações sobre a Lei das Centrais Sindicais**. *Jornal Trabalhista Consulex*, São Paulo, p. 4-7, fev. 2009.

EXPERIÊNCIA EXITOSA: MEDIDA HETEROGÊNEA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM PROL DOS SERVIDORES DA SAÚDE DO MUNICÍPIO DE MARABÁ EM 2016

Data de aceite: 03/08/2020

Mauricia Macedo Ramalho

Universidade Estadual do Pará
Marabá-PA

<http://lattes.cnpq.br/4294735198419703>

Rafael Oliveira Chaves

Universidade Federal do Pará

<http://lattes.cnpq.br/6174902705031173>

Marcus Vinicius Henrique Brito

Universidade do Estado do Pará

<http://lattes.cnpq.br/1180984403274256>

RESUMO: Sabemos que a gestão municipal deve estar em consonância com as políticas de saúde estadual e federal, conforme os princípios e diretrizes dos instrumentos jurídicos legais que regulam o Sistema Único de Saúde (SUS). A realidade conjuntural do Município de Marabá não difere da realidade nacional, pois tem como principal desafio a estruturação e aplicação de políticas públicas na área da saúde, no entanto a cada dia esse desafio se torna mais difícil. Atualmente a infraestrutura e as condições de trabalho são cada vez mais precárias. Objetivo: identificar quais os critérios adotados pela Justiça do Trabalho de Marabá para o bloqueio de recurso da Gestão Municipal de Marabá em 19 de Dezembro de 2016. Metodologia:

pesquisa retrospectiva e qualitativa da Ação Civil Pública nº 0010711-35.2015.5.08.0117 da Justiça do Trabalho 8º Região 2ª Vara de Marabá, através de levantamento de dados nos autos do processo para identificação dos critérios adotados pela Justiça que, justifique o bloqueio de recursos específicos do Fundo Municipal de Saúde de Marabá. Relato de Experiência: Após a denúncia do Sindicato dos Enfermeiros para o Ministério Público do Estado do Pará, foi realizada uma auditoria minuciosa dentro dos hospitais municipais do município de Marabá, onde foram evidenciadas, inúmeras irregularidades, tanto na estrutura física quanto nas condições de trabalho dos profissionais da saúde. Diante tal situação o Ministério Público Estadual acionou a Justiça Federal do trabalho, a qual após inúmeras tentativas de insucesso para regularização da situação dos hospitais municipais do Município de Marabá decidiu bloquear cinco milhões dos cofres do Fundo Nacional de saúde para sanar as problemáticas apontadas pelos Enfermeiros e MPE. Conclusão: A ação judicial foi de suma importância para o bom funcionamento e manutenção dos Hospitais Municipais, trazendo de forma positiva, melhoria da qualidade dos serviços. Entendemos que em um momento de crise, medidas como essa não devem ser

evitadas, pois deve ser respeitada a dignidade da pessoal humana, assegurando o direito á saúde conforme a Constituição Federal da República.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do trabalho; Gestão pública; Saúde do trabalhador.

ABSTRACT: We know that municipal management must be in line with state and federal health policies, according to the principles and guidelines of the legal legal instruments that regulate the Unified Health System (SUS). The conjuncture reality of the Municipality of Marabá does not differ from the national reality, as the main challenge is the structuring and application of public policies in the area of health, however, this challenge becomes more difficult every day. Currently, infrastructure and working conditions are increasingly precarious. Objective: to identify the criteria adopted by the Marabá Labor Court for blocking the appeal of the Municipal Management of Marabá on December 19, 2016. Methodology: retrospective and qualitative research of Public Civil Action No. 0010711-35.2015.5.08.0117 of Justice do Trabalho 8th Region 2ª Vara de Marabá, through data collection in the case file to identify the criteria adopted by the Justice that justifies the blocking of specific resources from the Municipal Health Fund of Marabá. Experience report: After the complaint of the Nurses Union to the Public Ministry of the State of Pará, a thorough audit was carried out within the municipal hospitals of the municipality of Marabá, where numerous irregularities were found, both in physical structure and in working conditions. health professionals. In view of this situation, the State Public Prosecutor's Office sued the Federal Labor Court, which, after numerous unsuccessful attempts to regularize the situation of the municipal hospitals in the municipality of Marabá, decided to block five million of the National Health Fund's coffers to remedy the problems pointed out by Nurses standing. Conclusion: The lawsuit was of paramount importance for the proper functioning and maintenance of Municipal Hospitals, bringing about a positive improvement in the quality of services. We understand that in a time of crisis, measures like this should not be avoided, as the dignity of human personnel must be respected, ensuring the right to health according to the Federal Constitution of the Republic.

KEYWORDS: Labor justice; Public Management; Worker's health.

1 | INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudo a Ação Civil nº 0010711-35.2015.08.0117 na qual a Justiça do Trabalho da 8ª região 2ª vara de Marabá sensibilizada com o meio ambiente de trabalho nos hospitais públicos de Marabá, teve uma atitude heterogêna no mês de dezembro de 2016, e bloqueou cinco milhões de reais das contas do Fundo Municipal de Saúde, os quais foram aplicados em melhorias dentro do Hospital Municipal de Marabá (HMM). Diante tal problemática e com intuito de conhecer o aparato legal utilizado pela justiça do trabalho para dirimir tal medida, o presente artigo tem com objetivo elencar os critérios adotados pela Justiça para realizar o bloqueio dos recursos, conhecer a realidade enfrentada pelos profissionais e apresentar as normas jurídicas

utilizadas para o ambiente de trabalho no processo.

As normas de saúde e segurança do trabalho abrangem todos os empregadores, sejam eles pessoa jurídica de direito público ou privado, e pelo cunho obrigatório que os revestem, sujeitam-se à auditoria do trabalho, assim como a proteção dos direitos coletivos e difusos compete ao Ministério Público do Trabalho, cuja matéria só pode vir a ser analisada na Justiça do Trabalho.

De acordo com a Súmula 736 do STF, *“Compete à Justiça do Trabalho as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”*. Todavia, a saúde do trabalhador deve considerar as articulações entre as ações individuais de assistência e de recuperação dos agravos, ações de planejamento e avaliação com as práticas de saúde junto com o conhecimento técnico e os saberes, experiências, assim como a subjetividade dos trabalhadores com suas devidas práticas institucionais.

De acordo com a Lei 8.080/90 a gestão municipal deve estar em consonância com as políticas de saúde estadual e federal. A realidade conjuntural do Município de Marabá não difere da realidade nacional, pois tem como principal desafio a estruturação e aplicação de políticas públicas na área da saúde, no entanto a cada dia esse desafio se torna mais difícil. Atualmente a infraestrutura e as condições de trabalho são cada vez mais precárias neste referido município.

A Justiça do Trabalho de Marabá bloqueou os recursos da Gestão Municipal de Marabá em 19 de dezembro de 2016 para atuar diretamente na estrutura do Hospital Municipal de Marabá. O principal argumento foram os enumerados riscos identificados pelo Ministério do Trabalho que afetam diretamente a saúde do trabalhador do Hospital.

Essa pesquisa contribuirá para entendermos as dificuldades enfrentadas pelos servidores públicos do Hospital Municipal de Marabá e conhecer a atuação do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho na fiscalização do ambiente de trabalho dos servidores públicos na área da saúde, traçando um paralelo com a gestão pública municipal de Marabá.

A pesquisa é de cunho retrospectiva e qualitativa da Ação Civil Pública nº 0010711-35.2015.5.08.0117 da Justiça do Trabalho, através de levantamento de dados nos autos do processo para identificação dos critérios adotados pela Justiça que, justifique o bloqueio de recursos específicos do Fundo Municipal de Saúde de Marabá. Após o levantamento os dados foram tabelados para melhor apresentação dos mesmos, sendo realizada uma explanação criteriosa sobre as não conformidades que serviram como critérios para a decisão judicial e apresentado as normatização utilizada para o meio ambiente do trabalho no processo.

2 | RESULTADO E DISCUSSÕES

2.1 A realidade do Hospital Municipal de Marabá

O Hospital Municipal de Marabá no Pará é um hospital público de “porta aberta”, de médio porte, e integra a 11ª Regional de Saúde, composta por 22 municípios. O mesmo possui atividades ambulatoriais (atenção básica e média complexidade) e hospitalares (média complexidade), fornecendo atendimento ambulatorial, urgência/emergência, serviço auxiliar de diagnóstico e terapia (SADT), e internação por demanda espontânea e referenciada aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

A unidade atende pacientes com diversos tipos de patologias. Isso significa risco individual, moderado ou elevado para os trabalhadores e probabilidade baixa ou elevada para coletividade de contato com agentes biológicos de classe de risco 1, 2, 3, 4 conforme classificação da Norma Regulamentadora (NR) 32. Importante ressaltar que para os vários tipos de doenças que podem ser disseminadas pelo descumprimento de regras básicas de biossegurança nem sempre há meios eficazes de profilaxia ou tratamento.

<i>Setor de Emergência</i>	<i>Pronto Socorro (PS)</i>
Ambulatório	Unidade de Cuidados Especiais (UCE) Sala Vermelha SAMU Recepção Sala de Classificação de Risco (triagem) Sala de epidemiologia Sala de Soro Sala de sutura Consultórios (03un) Sala de Medicação Sala de Ortopedia Sala de Radiodiagnóstico (02un) Farmácia
Centro cirurgico	Sala conjunta de atendimento psicológico e de assistência social Sala de Cirurgia (06un) Central de material de esterilização (CME)
Comissão de Controle de Infecção Hospitalar (CCIH)	
Leitos	Clínica Cirúrgica (38 leitos) + posto de enfermagem Clínica Médica (28 leitos, sendo um isolamento) + posto de enfermagem
Sala da administração	Ala Psicossocial (06 leitos) + posto de enfermagem
Laboratório	Diretoria e coordenações
Sala de equipe de manutenção	

Sala de Serviço de Arquivo Médico e Estatística (SAME).

Brinquedoteca

Cozinha

Refeitório

Repouso

Banheiros

Usuários e trabalhadores

Tabela 1 - Ambientes de trabalho no HMM

Fonte: Relatório Fiscalização MTE n. 898679-7 – HMM

Ocupação Média	72%
Cirurgias	1800 cirurgias
Atendimentos no Pronto-Socorro (PS)	97.000 atendimentos
Internações (triênio 2014-2016)	3700 internações

Tabela 2 - Taxa de ocupação do ano de 2015

Fonte: Relatório Fiscalização MTE n. 898679-7 – HMM

I turno	07h às 13h
II turno	13h às 19h
III turno	19h às 07h

Tabela 3 - Horário de funcionamento

Fonte: Relatório Fiscalização MTE n. 898679-7 – HMM

2.2 Auditoria do Ministério Público do Trabalho do Estado do Pará

A auditoria realizada pelos fiscais do Ministério Público do Trabalho no HMM se deu após denúncia do Sindicato dos Enfermeiros de Marabá, no qual a principal motivação estava focada na prevenção de doenças do trabalho e acidentes laborais, especialmente com risco biológico e acidentes com perfurocortantes, com a consequente promoção da saúde ocupacional, incluindo a saúde mental desses trabalhadores.

De acordo com a denúncia do Sindicato dos Enfermeiros de Marabá (2009):

“as irregularidades físicas estruturais, de materiais, de recursos humanos e organizacionais enfrentadas nos diversos ambientes de trabalho do HMM, colocam em risco de acidentes os trabalhadores, interferem perigosamente no exercício profissional, expõem os profissionais a condições inseguras e indignas de trabalho, comprometendo gravemente o meio ambiente de trabalho e a qualidade da assistência prestada à população, que fica propensa a infecções hospitalares e a erros na assistência que podem mutilar e mesmo levar a óbito”.

Os procedimentos utilizados durante as fiscalizações foram: inspeção das instalações físicas, análise dos depoimentos prestados pelos servidores incluindo terceirizados, fotos, vídeos, e análise da rotina, organização e jornada de trabalho, dos livros de registros

da enfermagem, escala mensal e semanal de trabalho, manual de normas e rotinas (Procedimentos Operacionais Padrão-POP), além de análise dos últimos relatórios dos Conselhos Profissionais (CRM, COREN e CRF) e dos relatórios das inspeções feitas pela Vigilância Sanitária (VISA).

A atuação da Auditoria Fiscal do Trabalho tem fundamento legal no artigo 13, item 2, alínea “b”, da Convenção 81 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, no artigo 3º, alíneas “a” e “b”, da Convenção 155, da Organização Internacional do Trabalho - OIT (ambas ratificadas pelo Brasil), nos artigos 1º e 9º do Decreto 4.552/02, no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, assim com enfoque nas condições de trabalho, saúde e segurança dos trabalhadores, dos profissionais de saúde (médicos, equipe de enfermagem, farmacêuticos, psicólogos, assistentes sociais, fisioterapeutas), incluindo equipe de limpeza, segurança, motoristas, trabalhadores da cozinha, prestadores de serviços (limpeza de ar condicionado/qualidade do ar, manutenção de equipamentos); a fiscalização foi realizada para averiguar as condições de saúde e segurança dos trabalhadores de cada setor da unidade, incluindo aspectos psicossociais e organizacionais do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 no artigo 7º, XXII assegura aos trabalhadores em geral o direito à redução dos riscos existentes no trabalho, por meio da aplicação de normas de saúde, higiene e segurança e no artigo 39, § 3º, também da Constituição Federal, que é expresso quanto à extensão das normas de segurança, saúde e higiene aos trabalhadores do setor público, estatutários.

Conforme relatório da Auditoria Fiscal do Trabalho (2016) foi possível evidenciar inúmeras inconformidades as quais colocava em risco ocupacional diariamente os servidores que ali exerciam suas funções. Muitos dos aspectos elementares de edificação para estabelecimentos de saúde (RDC nº 50/2002) não são aplicados, o que fez refletir: *“como conquistar a saúde das pessoas se o complexo edificado é um doente terminal?”*.

Situações analisadas pela auditoria	Conforme	Não Conforme
Instalações Elétricas		x
Lage e telhado		x
Projeto de Combate a incêndio (Bombeiros)		x
Reservatório de Oxigênio		x
Maquinas e Equipamentos		x
Manutenção		x
Rede de refrigeração		x
Iluminação		x
Mobiliário		x
Equipamentos de Proteção individual		x
Perfuro Cortantes		x
Materiais e insumos		x

Controle de Acesso	x
Jornadas de Trabalho	x
Dimensionamento profissional	x

Tabela 4 - Critérios adotados pela Justiça do Trabalho para intervenção junto as Contas Públicas do Município de Marabá

Fonte: Relatório Fiscalização MTE n. 898679-7 – HMM

Na auditoria realizada foi evidenciado que não há esquemas unifilares atualizados ou Prontuários das instalações elétricas com as especificações do sistema de aterramento e demais equipamentos e dispositivos de proteção. Fiação elétrica exposta, muito danificada, “gambiarras” que aumentam as chances de centelhamento perto de gases inflamáveis ou comburentes como oxigênio cria um risco adicional. O documento dos bombeiros é necessário para obter outras liberações junto a órgãos públicos, assim como a Anotação de Responsabilidade Técnica.

Foi constatado ausência de proteção contra o risco de contato; há perigo de choque elétrico e todos os outros tipos de acidentes; as partes das instalações elétricas não são isoladas por obstáculos que ofereçam, de forma segura, resistência a esforços mecânicos usuais (processos de limpeza, desinfecção); instalações elétricas que favorecem contato direto ou indireto com a água e que possam permitir fuga de corrente sem nenhuma blindagem, estanqueidade, isolamento; os problemas elétricos detectados potencializam os riscos de incêndio e explosão (há cilindros de gases); não há extintores de incêndio em funcionamento; muita gambiarra; caixas de eletricidade abertas; ligação simultânea de mais de um aparelho à mesma tomada de corrente, com o emprego de acessórios que aumentem o número de saídas (UCE, por exemplo); locais como lavanderias da unidade estão com problemas elétricos graves de segurança para os trabalhadores especialmente pela possibilidade de contato frequente com água.

Paredes, pisos, teto da unidade com rachaduras, infiltrações e mofo, o que o impossibilita a limpeza, higienização do local. Verificaram mofo decorrente das infiltrações. O mofo pode desencadear alergias especialmente respiratórias, cutâneas nos trabalhadores, pacientes. Se a pessoa é sensibilizada com esse alérgeno pode desencadear edema de glote, até o óbito. O mofo impede a limpeza correta da unidade e aumenta os riscos de infecção hospitalar. Água, limpeza, fricção mecânica eliminam até 80% da transmissão dos microorganismos. Assim, nenhuma sala de qualquer ambiente hospitalar deve apresentar proliferação de mofo, rachaduras, infiltrações.

Portanto, a má higienização do ambiente pode desencadear o aparecimento de animais sinantrópicos, tais como: formigas, aranhas, mosquitos. Esses animais carregam bactérias, fungos tanto para superfícies (piso, paredes, teto, outros) quanto para os utensílios, pacientes, trabalhador.

Ausência de medidas de prevenção e de proteção contra incêndios. Não havia Auto

de Vistoria do Corpo de Bombeiros de forma a comprovar que a edificação possuía sistema de segurança contra incêndio e pânico (equipamentos de combate a incêndio, facilidade de acesso pelos bombeiros, saídas de emergência e outros), embora a ocorrência de um incêndio em uma unidade de saúde coloque em risco a saúde de todos os seus ocupantes, em especial dos pacientes que se encontram fragilizados, tendo em vista as possíveis dificuldades de locomoção.

Durante inspeção verificaram ausência de: sinalização de emergência; Rotas de fuga e saídas de emergência; Alarme de incêndio; Extintores (existe apenas um extintor em todo o Hospital Municipal de Marabá (HMM), inspecionado pela última vez há cerca de dez anos; sem qualquer funcionalidade); Brigada de incêndio; Plano de emergência contra incêndio; Sistema de Detecção Automática de Incêndio; Sistema de Hidrantes e Mangotinhos; Sistema de Chuveiros Automáticos; Sistema de Controle de Fumaça; treinamentos (simulados) em relação a combate de incêndios.

A situação era agravada principalmente no Pronto Socorro pela fiação exposta em vários setores e, também, pelo uso de cilindros de oxigênio soltos dentro do hospital. Embora o oxigênio não seja inflamável, acelera vigorosamente a combustão. Cilindros de gases medicinais dispostos no chão em todos os setores que há seu uso, sem proteção para impedir quedas em cima de trabalhadores. Inexistência de dispositivos ou travas de segurança nos carrinhos que transportam cilindros com gases. Ausência de local certo, seguro para guarda de cilindros. Foi constatado que ficam amontoados em corredor que dá acesso a lavanderia e próximo ao refeitório, expostos a risco de tombamento em: trabalhadores, pacientes e acompanhantes.

A fiação exposta em vários setores deixava a situação mais delicada, pois o contato do oxigênio com materiais como o álcool, éter, gasolina, óleo, graxa, madeira quando na presença de uma chama, faísca ou atrito, poderá causar o fogo e aumentar significativamente a combustão. Ressalte-se que a movimentação destes cilindros, além do risco de acidentes, traz outros inconvenientes, como o risco de falta do gás durante o procedimento. A RDC 50/2002 da ANVISA expressa que os cilindros transportáveis só devem ser usados no caso de emergências e uso eventual, e não de maneira contínua como ocorre na UCE.

Não foi encontrado comprovação de descontaminação prévia de equipamentos, e evidenciado falta manutenção preventiva e periódica dos equipamentos. Equipamentos eletromédicos, como: monitores cardíacos, ventiladores mecânicos, apresentavam problemas frequentemente, ficando indisponíveis, causando grande estresse ocupacional nos servidores e assistência inadequada aos pacientes.

Em relação ao ventilador mecânico/respirador, este, muitas vezes, estava sem funcionamento devido à falta de acessórios simples, como a válvula de pressão. Na ausência de ventilação mecânica, é necessário ventilar o paciente manualmente com “ambú” por horas para manter paciente vivo, gerando um extremo esforço físico e mental

dos servidores, além de ser um dos fatores que levam o paciente a óbito, já que a respiração por ambú deve ser provisória, não podendo se estender por muito tempo, pois não se consegue controlar a pressão introduzida no sistema respiratório.

Muitos equipamentos (carros de anestesia no centro cirúrgico, por exemplo), apesar de novos (e com custo alto), nunca funcionavam. Carrinhos de anestesia sem funcionar por falta de vaporizador; aspiradores sem funcionar por falta de frasco coletor. Faltavam equipamentos e peças/acessórios para reposição imediata.

Durante a inspeção foi observado também a ausência de medidas de controle da qualidade do ar, bem como climatização de alguns setores, provocando assim desconforto térmico. Aparelhos de ar condicionado apresentam defeito, e estavam sem manutenção. Alguns ambientes de trabalho extremamente quentes, como a cozinha, lavanderia e enfermarias.

De acordo com o Plano de Manutenção, Operação e Controle - PMOC, exigido pela Portaria MS nº 3.523/98, o uso de ar condicionado busca o conforto para trabalhadores, dos usuários, bem como a higienização e pureza do ar que são diretamente relacionadas à segurança do trabalho, garantia dos processos. A inexistência de controle da qualidade do ar em ambientes de saúde que usam ar condicionado combinado com a falta das manutenções preventivas pode favorecer a transmissão de *Legionella* pelo ar condicionado, que pode até matar.

Muitas estruturas de luminárias sem lâmpadas ou com lâmpadas queimadas, incluindo centro cirúrgico, que requer iluminação adequada para garantir a segurança em cirurgias. Importante ressaltar que a unidade funciona 24 horas e que a iluminação deve ser adequada para garantir conforto visual e integridade dos procedimentos.

Os fiscais observaram mesas e cadeiras extremamente danificadas, pinturas estragadas, descasadas, com muita ferrugem que impedem a limpeza, desinfecção. Sabemos que todo mobiliário da unidade deve ser íntegro, com material impermeável, lavável, que resista aos processos de desinfecção, e que todo móvel almofadado, em área de risco biológico, deve ser forrado com material lavável e sem rasgos (colchões de maca e cadeiras, por exemplo).

Outro fator preocupante é a insuficiência grave de recipiente para descarte de perfuro cortante. A improvisação é perigosa para segurança dos trabalhadores. Profissionais da Central de Material e Esterilização trabalhavam sem EPI adequado - ausência de luvas de borracha cano longo, avental impermeável manga longa e calçados fechados.

Os trabalhadores da limpeza trabalham sem calçados adequados e sem máscaras próprias de acordo com a classificação de riscos. Faltam óculos de proteção em toda a unidade, o que é essencial principalmente para os funcionários, visto que na unidade entram pacientes para primeiro atendimento com meningite, H1N1 e tuberculose.

A falta desses EPI's pode acarretar risco de acidentes biológicos para os profissionais devido à exposição a secreções e fluidos corpóreos durante a assistência prestada. Ocorre

ainda o estresse mental devido à realização de procedimentos sem proteção, onde o profissional fica preocupado com o risco de contaminação que o mesmo está exposto, nesse sentido Fordyce et al (2007) enfatiza que, o uso de EPI precisa estar adequado às características das atividades realizadas pelos trabalhadores e aos riscos presentes no ambiente de trabalho e, dependendo das atividades desempenhadas, podem apresentar orientações comuns de utilização ou particularidades em função da especificidade do trabalho desenvolvido.

De acordo a Portaria SIT/DSST nº 194 de 2010 no seu artigo 1º Compete ao Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT, ouvida a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA e trabalhadores usuários, recomendar ao empregador o EPI adequado ao risco existente em determinada atividade e “nas empresas desobrigadas a constituir SESMT, cabe ao empregador selecionar o EPI adequado ao risco, mediante orientação de profissional tecnicamente habilitado, ouvida a CIPA ou, na falta desta, o designado e trabalhadores usuários”.

Assim, além de todos os fatores evidenciados pela fiscalização, o magistrado levou em consideração às alegações da situação financeira do município, dentre elas, a extrema urgência dos serviços essenciais, a obrigatoriedade dos gestores públicos de zelarem pela predominância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade e, sobretudo pela moralidade, eficiência e efetividade, além da necessidade de zelar pela correta aplicação de recursos públicos, a urgência no equilíbrio das contas públicas, a resolução do passivo da folha de pagamento atrasada de novembro e dezembro do recorrente ano e ainda em função do estado de precariedade física e administrativa encontrada.

2.3 Da Decisão Judicial

Diante tais constatações, o magistrado utilizou alguns argumentos para realizar o bloqueio, pois as receitas públicas devem se destinar ao atingimento dos objetivos fundamentais da república, pela via das políticas públicas não podendo, para tanto, ser objeto de vínculo absoluto. E o que se extrai da Magna Carta, que contrario sensu, estabelece vedação da realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (Art. 167 CF, 1988).

A Lei nº 4.320/64 no seu (art. 11, § 3º), que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, estabelece que o superávit resultante do balanceamento de receitas e despesas não contribuirá item de receita orçamentária.

Segundo a Lei 8.080/90 que dispõe sobre o SUS, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde obedecem ao princípio de conjugação dos recursos financeiros. A Lei Complementar 141/12 dispõe que em situações específicas os recursos federais poderão ser transferidos aos fundos de saúde por meio de transferência voluntária realizada entre a

União e os demais entes da Federação, adotados quaisquer dos meios formais previstos.

A Lei nº 8.142/90 dispõe que os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como cobertura das ações e serviços de saúde, sendo que os municípios poderão estabelecer consórcios para execução de ações e serviços de saúde, remanejamento, entre si, parcelas de recursos.

A Portaria nº 204, do Gabinete do Ministério da Saúde, 29 de janeiro de 2007, regulamenta transferência de recursos federais para as ações e os serviços de saúde, e a Portaria nº 1.073, 23 de julho de 2015, remaneja saldos financeiros nos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tudo a subsidiar e demonstrar que há situações específicas e exigir racionalização/pronta intervenção.

Assim, o remanejamento de receitas públicas é plenamente possível. No entanto, o que se impõe a jurisdição é a busca da efetividade de suas decisões. Nos casos emergenciais, em que o risco à saúde, à segurança e à vida de trabalhadores e usuários, conforme já demonstrado e que agora se impõe, à jurisdição importa encontrar os caminhos necessários para a solução do drama, sendo certo que o sistema de jurisdição civil individual, naquilo em que não contrarie as SUS disposições, nos precisos termos do Art. 19, da Lei da Ação Civil Pública.

Nesse sentido, o magistrado não teve como deferir o pedido do Município de Marabá para o próprio gestor administrar os recursos de fundos específicos. Entretanto, havendo recursos disponíveis, e correndo o risco do município perder esses recursos devidos por não ter utilizados os mesmos dentro dos programas aos quais foram destinados, o juiz optou pelo bloqueio, onde o recurso seriam administrados e direcionados pela Justiça, para o cumprimento da tutela de urgência deferida na presente ação, adotando o Juízo as cautelas que o caso requer, nos precisos termos da positivação genérica e atípica do dever de efetividade acima demonstrado. Pois de acordo com o mandatário municipal (...) “Os valores das contas apresentadas no pedido existiam porque os programas foram superdimensionados” (...).

Assim, fere a razoabilidade, diante da urgência e emergência da situação dos trabalhadores e usuários, que dar-se inerte ante a existência de recursos por superdimensionamento, tratando-se de proteção do núcleo duro e intangível de direitos fundamentais, direitos ao meio ambiente, direitos à saúde, direito à vida, relativos ao mínimo existencial.

O Magistrado para sepultar qualquer dúvida sobre a grave crise que atinge o serviço de saúde local e regional, quicça nacional, confessada pelo Município de Marabá, não constatada pelo Ministério Público do Trabalho – MPT, que inclusive se revelou sensível aos pleitos da municipalidade opondo-lhe apenas óbices técnico-jurídicos, colhe-se da rede mundial de computadores que o Município teria, com a nova gestão, declaração de estado de calamidade. E no Município de Parauapebas, vizinho, a Secretaria de Saúde também adotou medidas emergenciais para evitar o fechamento do Pronto Socorro

municipal e da Unidade de Pronto Atendimento.

(...) o estado de calamidade financeira será mesmo decretado em Marabá logo no início de 2017. (...) Para esses vereadores, Tião informou que os dados levantados pela equipe de transição apontam para uma crise financeira sem precedentes na história do município. (Blog: ZÉ DUDU, 2016)

Os atendimentos no período noturnos ficaram restritos aos casos graves, com entrada no prédio da UPA direto pela sala vermelha, especialmente os pacientes conduzidos pelas equipes do Corpo de Bombeiros e SAMU. Além de atender os casos classificados como vermelho, a equipe do plantão noturno fará o acompanhamento dos pacientes que foram atendidos e precisaram ficar em observação na sala amarela. (...) A Semsa reforça que tais medidas foram tomadas para evitar o fechamento do Pronto Socorro Municipal e UPA de Parauapebas. (ZÉ DUDU, 2016)

Desta forma, foi determinada a imediata implementação, de medidas urgentes para o cumprimento da tutela deferida, o bloqueio *on line* das contas bancárias informadas pelo Município de Marabá, cuja prestação de contas deveriam se dar nos autos. Foi nomeada uma administradora judicial e um perito Judicial, ficando a primeira de apresentar plano emergencial de serviços e obras visando o cumprimento da tutela e o segundo de acompanhar o processo de aplicação de valores e perícia sobre prestação de contas, e após a conclusão dos serviços foi nomeado um perito para constatação dos serviços e segurança das obras entregues.

As contas bancárias bloqueadas junto ao Banco do Brasil foram: 85.695-9; 85.696-7 e 85.697-5. Essas contas eram referentes ao CEREST responsável pela Saúde do Trabalhador de Marabá e região, Rede Cegonha e Saúde Mental do município de Marabá.

A decisão do bloqueio do recurso do Município de Marabá ocorreu no dia 19 de Dezembro de 2016, e já no dia 24 de dezembro de 2016, teve início à reforma do Pronto Socorro do Hospital Municipal de Marabá (HMM) o qual apresentava condições mais agravada frente aos outros setores, o Hospital Materno Infantil (HMI) também foi contemplado.

Os serviços realizados pela ação judicial foram: Aquisição de filtros para tratamento de água para os dois hospitais; Construção de recuo para ambulâncias no HMM e Portão eletrônico para os três portões de entrada do HMM; retirada de duas pilastras da entrada do SAMU e cobertura; Aquisição da Rede de lógica, servidores, computadores e impressoras para o Hospital Municipal de Marabá; Aquisição de centrais de ar para o Hospital Municipal e Materno Infantil; Aquisição de fogões, freezer, balanças e utensílios em geral para setor de nutrição dos dois hospitais; Reforma das poltronas do HMI; Pintura de 60% das camas e mesas de cabeceiras do HMI; Revisão e conserto de todo telhado do HMI; Limpeza da rede de esgoto dos dois hospitais; Desratização e dedetização do HMI; Aquisição de sonar para HMI; Conserto do carro do HMI; Aquisição de Medicamentos, materiais médico-hospitalares, material ortopédico para cirurgia, alimentação perecíveis e não perecíveis, proteínas de carne, frango e peixes, hortifrútis em geral, EPIs, material de expediente, material de higienização e limpeza; Películas para as janelas do HMM e

HMI; Aquisição de Reagentes e tubos para laboratório; Pagamento da folha de outubro de 2016 dos dois hospitais e plantões para três médicos para completar a escala no final de dezembro de 2016; Reforma do Pronto Socorro do HMM, e rampa, porta de entrada e enfermarias do HMI; Construção de um quarto com isolamento e expurgo no Pronto Socorro do HMM, Reforma do banheiro da administração; Redimensionamento e troca de todo cabeamento elétrico do motor e do Pronto Socorro do HM; Aquisição de bebedouros para o HMM e HMI; Construção de um banheiro para o setor de nutrição do HMI; Adequação de um banheiro para o setor de ambulatório do HMM; Adequação de banheiros para o Pronto Socorro do HMM; Construção de uma sala para TI e Telefonia; Pagamento de 20% das dívidas das principais Empresas que forneciam para os dois hospitais.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adenúncia dos enfermeiros do Hospital Municipal de Marabá, a Auditoria e fiscalização do Ministério Público do Trabalho foram de suma importância para essa decisão judicial, pois sem isso o juiz jamais poderia tomar tal decisão.

Constata-se que a medida da Justiça do Trabalho é uma medida heterogênea, baseada em um momento de crise de nível não só municipal, mas regional e até nacional. Para evitar mais transtornos para os servidores que ali prestavam os serviços e para a população que necessitava dos serviços desses servidores, esta ação se fez necessária, proporcionando assim, melhores condições de trabalhos e o mínimo essencial para realizar os atendimentos de saúde a população de Marabá e região. Lembrando que Marabá é um município polo, ou seja, recebe não só sua demanda, mais como também a demanda de toda região.

Os recursos bloqueados de acordo com os gestores municipais, estava há anos nas contas públicas e não podiam ser utilizados, pois estavam determinados para programas específicos, os quais não tiveram êxito na sua aplicação e corriam sérios riscos de serem devolvidos para o governo federal.

Com fulcro, nos dados a cima citados, consideramos que a ação judicial foi de suma importância para o bom funcionamento e manutenção do Pronto Socorro do Hospital Municipal e que ela trouxe de forma positiva, melhoria da qualidade dos serviços ali prestados, refletindo diretamente na saúde do trabalhador. Entendemos que em um momento de crise, medidas como essa não devem ser evitadas, pois deve ser respeitada a dignidade da pessoal humana, assegurando o direito á saúde conforme a Constituição Federal da República.

Em suma, observa-se que apesar dos serviços realizados pela ação judicial, os mesmos não foram suficientes para contemplar todos os ambientes dos hospitais devidos

o recurso não ser suficiente para isso. Portanto, como vimos no relatório do Ministério Público do Trabalho, todos os setores do Hospital estavam funcionando em péssimas condições, e que trás sérios riscos para a vida dos servidores e dos pacientes, assim, percebe-se a necessidade de uma fiscalização contínua por parte do Ministério Público do Trabalho, Vigilância Sanitária, Conselho de Saúde e dos demais órgãos, para pressionar e auxiliar a gestão a realizar todas as adequações necessárias, evitando assim, transtornos futuros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988;

BRASIL. Lei Complementar nº 141 de 13 de Janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências.

BRASIL. Lei de Ação Civil Pública - Lei 7.347 de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 4.320/64. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.142 de 28 de Dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria SIT nº 194, de 07 de dezembro de 2010. Altera a Norma Regulamentadora n.º 6 (Equipamentos de Proteção Individual - EPI). Altera Norma regulamentadora nº 6. Equipamento de Proteção Individual – EPI.

BRASIL. Portaria GM 1073/15 de 31 de Dezembro de 2014. Dispõe sobre a reprogramação e o remanejamento, no âmbito dos blocos de financiamento de que trata o art. 4º da Portaria nº 204/GM/MS, de 29 de janeiro de 2007, de saldos financeiros disponíveis até 31 de dezembro de 2014 nos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. Portaria GM/MS Nº 3.523, de 28 de agosto de 1998. Regulamento Técnico contendo medidas básicas referentes aos procedimentos de verificação visual do estado de limpeza, remoção de sujidades por métodos físicos e manutenção do estado de integridade e eficiência de todos os componentes dos sistemas de climatização, para garantir a Qualidade do Ar de Interiores e prevenção de riscos à saúde dos ocupantes de ambientes climatizados.

BRASIL. Portaria nº 204, de 29 de Janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle

BRASIL. Resolução - RDC nº 50, de 21 de fevereiro de 2002. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para planejamento, programação, elaboração e avaliação de projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde.

BRASIL. Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal, 26 de novembro de 2003. Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 29 Jan. 2017.

FORDYCE TA, KELSH M, LU ET, SAHL JD, YAGER JW. **Thermal burn and electrical injuries among electric utility workers, 1995-2004**. Burns. 2007; 33 (2):209-20;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DO ESTADO DO PARÁ 8º REGIÃO 2º VARA. Relatório Fiscalização MTE n. 898679-7 – Hospital Municipal de Marabá;

SINDICATO DOS ENFERMEIROS DE MARABÁ. Relatório de denuncia do Sindicato dos Enfermeiros de Marabá-PA, 2009;

DESAFIOS E RISCOS DE ORDEM COSMOPOLITA PARA UM APROFUNDAMENTO DEMOCRÁTICO: A INTERNET COMO BEM COMUM NA SOCIEDADE EM REDE

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 20/07/2020

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Faculdade Palotina de Santa Maria

Santa Maria – Rio Grande do Sul

<http://lattes.cnpq.br/3696256494852928>

Roger de Moraes de Castro

Faculdade Palotina de Santa Maria

Santa Maria – Rio Grande do Sul

<http://lattes.cnpq.br/5448999638541096>

RESUMO: A sociedade em rede, cenário em que se consolida a era da informação, é o cenário perfeito para a construção de um novo modelo de democracia. Contudo, nesse contexto em que se observam novas possibilidades para o aprofundamento da democracia e de suas instituições através da utilização das novas tecnologias da informação e comunicação, também é possível verificar desafios e riscos que derivam do interesse em controlar as informações, comunicações e tecnologias, uma vez que representam ferramenta estratégica para o exercício de poder. Observa-se, entretanto, que apesar do aumento do fluxo informacional ocasionado

pelo desenvolvimento célere da *internet*, há uma série de entraves ao desenvolvimento pleno do potencial democrático da rede. Diante disso, observa-se a um paradoxo em relação à percepção da internet como bem comum mundial, desde uma perspectiva cosmopolita. Em que pese o conceito de democracia ser um conceito sempre porvir, a partir de uma abordagem sistêmico-complexa e de revisão bibliográfica, este artigo pode verificar alguns limites e possibilidades ao aprofundamento democrático no quadro da sociedade em rede.

PALAVRAS-CHAVE: Aprofundamento Democrático; Informação; Poder; Tecnologias da Informação e Comunicação; Sociedade em Rede.

CHALLENGES AND RISKS OF COSMOPOLITAN ORDER FOR A DEMOCRATIC DEVELOPMENT: THE INTERNET AS COMMON GOOD IN THE NETWORK SOCIETY

ABSTRACT: The network society, scenario in which the information age is consolidated, is the perfect scenario for the construction of a new model of democracy. However, in the context of new possibilities for deepening democracy

and its institutions by new information and communication technologies, it is also possible to identify challenges and risks that derive from the interest in controlling information, communications and technologies, once that represent a strategic tool for the exercise of power. It is observed, however, that despite the increase in the information flow caused by the rapid development of the Internet, there are a number of obstacles to the full development of the network's democratic potential. Given this, a paradox is observed regarding the perception of the internet as a global common good, from a cosmopolitan perspective. Although the concept of democracy is an ever-coming concept, based on a systemic-complex approach and a bibliographical review, this article can verify some limits and possibilities for democratic deepening in the framework of the network society.

KEYWORDS: Democratic Deepening; Information; Power; Information and Communication Technologies; Network Society.

1 | INTRODUÇÃO

O trabalho objetiva apresentar algumas reflexões a fim de delinear um panorama conceitual apto a identificar traços fundamentais da sociedade no alvorecer do século XXI. A importância assumida pela dimensão informacional, sobretudo em razão da potencialização sem precedentes e do acelerado desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) provocou uma alteração irrefreável nas relações sociais. Dentre as TIC, a internet é, sem dúvida, o grande baluarte da forma a qual essas tecnologias impactam a vida em sociedade. É praticamente impossível imaginar a vida sem internet em um mundo globalizado.

A constatação da importância assumida pela internet, enquanto representante e tecnologia fim que justifica a existência de diversas outras, faz com que uma reflexão acerca dos interesses que a permeiam se faça necessária. Nesse contexto em que a informação se torna tão importante para um sem número de Estados, instituições e empresas, o presente capítulo pretende verificar se a tecnologia deve(ria) ser considerada enquanto *bem comum* da humanidade, além de explorar, desde um pano de fundo sociológico, se as teorias de Manuel Castells e Ulrich Beck são capazes de explicar essa nova dinâmica organizacional observada desde a virada do milênio.

Ao mesmo tempo, é importante refletir em que medida o reconhecimento da importância da internet para o aprimoramento e aprofundamento da democracia não reforça a ideia dessa tecnologia como bem comum mundial da humanidade. Nesse sentido, é principalmente através de David Held que se busca encontrar o arcabouço teórico para discutir essa questão fundamental.

Parte-se do pressuposto de que se estabelece uma forte relação entre informação e poder, conceitos-chave para compreender a dinâmica organizacional da sociedade, a fim de otimizar a avaliação acerca da real possibilidade de se garantir a internet como um

espaço público e democrático. Tem-se em conta, porém, que a avaliação das limitações da esfera jurídica diante da organização da sociedade em rede é condição sem a qual não se pode perceber concretamente as possibilidades de efetivação de uma democracia global capaz de proteger direitos assegurados internacionalmente. E uma vez que a vida cosmopolita praticamente exige a utilização de computadores e da internet, é fundamental discutir quais os limites que se apresentam à proteção deste instrumento base dos usuários das novas tecnologias.

Para cumprir o objetivo, se utilizará do método sistêmico-complexo. Desde uma revisão bibliográfica, o trabalho foi dividido em três partes: primeiramente faz-se uma análise da importância da reflexão acerca da sociedade de risco e da possibilidade de transposição para a realidade da internet, bem como à noção de bem comum, em paralelo a outras reflexões. Em seguida, reflete-se acerca da importância assumida pelas TIC no período atual, e a relação entre a informação e essas novas tecnologias, bem como a dimensão que o controle da informação assume enquanto instrumento para o exercício de poder e das relações econômicas no quadro da sociedade em rede. Por fim, busca-se compreender as limitações democráticas decorrentes dos jogos de poder movidos por parte dos atores de destaque no atual contexto, a fim de avaliar a dimensão do poder da informação e o potencial político democrático almejável.

2 | DA SOCIEDADE DE RISCO DE ULRICH BECK À TEMÁTICA DO BEM COMUM: UM DIÁLOGO COM STEFANO RODOTÀ DESDE OS DESAFIOS AMBIENTAIS AOS DESAFIOS TECNOLÓGICOS

O presente capítulo visa a delinear alguns traços que demonstram que a reflexão operada inicialmente por Ulrich Beck, ao pensar os limites acerca da proteção ambiental a partir de um episódio específico, são adequadas para se pensar em outros fenômenos que se apresentam nos dias de hoje. Notadamente, a referência aqui diz respeito à questão da proteção da internet e da segurança de seu desenvolvimento enquanto bem comum e ambiente democrático. Ao mesmo tempo, o tópico objetiva realizar uma apresentação da noção de bem comum, a partir de Rodotà, para demonstrar que a internet, assim como o meio ambiente como se o costuma referir costumeiramente, pode ser lida desde essa perspectiva.

Se o gatilho para Beck desenvolver a ideia de sociedade de risco é o desastre de Chernobyl, na Ucrânia, e a constatação de que algumas situações que afetam toda a humanidade escapam à proteção dos Estados nacionais individualmente, a proposta deste trabalho é demonstrar que a internet é uma questão de alta relevância e que, assim como a proteção ambiental de nível nuclear, não pode ser protegida apenas por um ou outro Estado-Nação, senão por um esforço e comprometimento coletivo.

A reflexividade é, para Beck, a tônica do hodierno processo de modernização¹. Informa o autor que os argumentos apresentados na obra “não são necessariamente representativos, como exigiriam as regras da pesquisa social empírica”, informa que “se pautam por uma outra pretensão: a despeito de um passado *ainda* vigente, tornar visível o futuro que já se anuncia no presente” (BECK, 2013, p. 11). A reflexividade importa para o pensamento político porque a democracia é sempre um conceito do *porvir*, isto é, sempre em desconstrução e reconstrução, sobretudo no século XXI, em que as relações sociais se alteram em uma velocidade nunca imaginada.

Nesse sentido, não há como pensar em um futuro que já se anuncia no presente sem pensar a internet. A internet apresenta, sem dúvidas, um enorme potencial democrático. As possibilidades de participação e deliberação são a expressão de uma ágora elevada à enésima potência. Nesse sentido, tem se pensado na utilização da internet enquanto uma ferramenta que representa um verdadeiro *bem comum* para a humanidade. A hipótese é de que se a internet importa um meio pelo qual se tem acesso a uma série de direitos, acaba ela mesma sendo merecedora de um tratamento diferenciado. Sobre o tema, em uma entrevista concedida por Stefano Rodotà, eminente jurista italiano, a Joseph Confavreux, é possível verificar a diferença entre *bem comum* e serviço público (RODOTÀ, 2015).

Verifica-se a que a gestão comum de alguns recursos que são de interesse de toda a humanidade é uma necessidade democrática. Observa-se ainda que se, em um primeiro momento, se pensa na internet como uma ferramenta com potencial para efetivar direitos de forma abstrata, em um segundo momento será plenamente possível pensá-la como uma tecnologia capaz de garantir a própria democracia participativa, ou deliberativa, como será observável no decorrer do trabalho. Beck aduz que “mais urgente do que nunca, precisamos de esquemas de interpretação que nos façam [...] repensar a novidade que nos atropela e que nos permita viver e atuar com ela” (BECK, 2013, p. 14).

Nesse sentido, importante observar às distinções entre uma primeira modernidade e aquilo que Beck nomeia modernidade reflexiva. Beck observa que a sociedade industrial que tornou obsoleto o processo feudal de produção apresenta sinais de desgaste e que se está diante de uma nova fase do capitalismo, nessa lógica, a principal diferença reside no fato de que na sociedade industrial a “lógica da produção de riqueza domina a lógica da produção de riscos”, e na sociedade de risco “esta relação se inverte” (BECK, 2013, p. 15). O problema é que estes riscos, pelas características já mencionadas, por muitas vezes, não podem ser freados e nem sequer limitados, como no período anterior. Segundo Beck (2013, p.16),

1 De acordo com Beck (2013, p. 23), “*Modernização* significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção sociocientífica da modernização, indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, no qual se alteram, em última instância, as *fontes de certeza* das quais se nutre a vida [...]”

Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante, que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política [...], faz surgir *ameaças globais supranacionais* e independentes de classe.

É claro que se deve atentar para o fato de Beck estar preocupado sobremaneira no período de sua reflexão com a situação ambiental e a condição dos trabalhadores, em homenagem à tradição e historicidade de seu pensamento. Mas não se pode ignorar o fato de que o autor capta o espírito de seu tempo e antecipa a lógica que poucos anos mais tarde se amolda categoricamente ao desenvolvimento das TIC, sobretudo a internet, por conseguinte, à utilização dessa tecnologia pela política.

A premissa é de que alguns bens assumem uma importância de dimensão tamanha para a humanidade que já não pode(ria)m ser regulados por apenas um ou outro ator. Dessa forma, é necessário que a internet seja regulada com a maior participação possível e com a maior quantidade de informações possíveis, a fim de materializar uma regulamentação democrática que responda aos anseios de um maior número de pessoas ao redor do mundo.

Uma iniciativa que merece destaque, nesse sentido, é a *Declaração Aberta sobre os Serviços Públicos* aprovada na *Conferência Ministerial Europeia de Governo Eletrônico*. O documento foi produzido de forma colaborativa com a participação da sociedade civil europeia, onde foram afirmados alguns princípios sobre a matéria, como a transparência, a participação e a delegação de poder (FREITAS, 2013, p. 50). Este é o princípio de uma ideia de governança global da internet, de democracia cosmopolita e de superação do nacionalismo metodológico², temas centrais do atual estágio da modernidade.

Nesse cenário em que a dispersão e a multiplicidade normativas são uma realidade incontestável dos tempos atuais, as inúmeras fontes de produção do direito nacionais e não nacionais convocam o intérprete a reconhecer tal dispersão e, no passo seguinte, perguntar-se sobre a necessidade de estabelecer-se ordenação ao múltiplo. A escassez de um mínimo de ordem conduz inevitavelmente à experiência do caos e aumenta os patamares de incerteza. Para responder a todas essas questões, o aprofundamento da reflexão política é um instrumento indispensável.

² O *nacionalismo metodológico* foi contestado por Ulrich Beck, uma vez que a globalização redefiniu substancialmente os limites territoriais do exercício de poder. No quadro da sociedade em rede, o global supera o local. Em uma *arquitetura digital cosmopolita* (BECK, 2002, p. 32), atrelada ao paradigma da aceleração e na perspectiva do espaço-tempo, verifica-se a evidente diluição dessas categorias no plano do ciberespaço.

Nesse sentido, parece oportuno repensar o princípio de “um ou outro” a partir do *cosmopolitismo metodológico* e orientar as reflexões a partir de uma ótica inclusiva (BECK, 2002, p. 19). É preciso incorporar a noção de *oposições inclusivas à racionalidade regulatória de temas eminentemente internacionais como a internet*, rejeitando-se a ideia de *oposições exclusivas*.

3 | MANUEL CASTELLS E A SOCIEDADE EM REDE: LIMITES E POSSIBILIDADES ANTE AS RELAÇÕES DE PODER NA ERA DA INFORMAÇÃO.

O presente capítulo tem por objetivo traçar um panorama capaz de explicar alguns traços, sobretudo em relação às TIC, que demarcam o estado de coisas da sociedade em rede. É preciso avaliar *se e em que medida* a compreensão da organização da sociedade, a partir da evolução tecnológica, é causa e efeito de uma alteração paradigmática do atual modelo organizacional. Busca-se ainda compreender o peso que a informação disponibilizada na internet e tratada pelas novas TIC tem nesse. Isso é importante sobretudo quando o que se busca é estabelecer um panorama democrático de gestão da internet, a partir do reconhecimento de sua importância para a política no mundo, o que só pode ocorrer com o respeito à privacidade e limitações à prática de vigilância exercida por Estados e empresas na rede mundial de computadores.

Não há dúvidas de que a *internet* é a grande representante dessa mudança estrutural que se opera na sociedade. Para Castells (2015, p. 29-30),

A transformação mais importante na comunicação nos últimos anos foi a transposição da comunicação de massa para a intercomunicação individual, sendo esta última o processo de comunicação interativa que tem o potencial de alcançar uma audiência de massa, mas que a produção da mensagem é autogerada, a recuperação da mensagem é autodirigida, e a recepção e a recombinação do conteúdo oriundo das redes de comunicação eletrônicas são autosselecionadas. Organizacionalmente, a ascensão da comunicação de massa unidirecional, sintetizada pelas redes de televisões tradicionais, foi associada ao surgimento de grandes conglomerados empresariais. No entanto, a intercomunicação individual, tornada possível pela *internet* e pelas redes de comunicação móveis, surgiu originalmente a partir de redes de comunicação descentralizadas.

Nesse sentido, é possível confirmar que as novas TIC, em especial a internet, possibilitam não só a ampliação da circulação de informações, mas também o processamento mais qualificado dessas informações, com o desenvolvimento de algoritmos capazes de traduzir todo o fluxo informacional dos usuários. A evolução dessas tecnologias é, de fato, causa e efeito de uma nova forma de organização social: a rede (CASTELLS, 2007). Nessa nova dinâmica, a informação assume uma posição estratégica, de destaque, razão pela qual é possível falar em uma *era da informação* (CASTELLS, 2007).

A novidade e a metáfora da sociedade em rede é a transferência dessa lógica claramente perceptível no âmbito tecnológico informático para as demais estruturas sociais. Considera-se, nesse sentido, estruturas sociais como “arranjos organizacionais de seres humanos em relação de produção, consumo, reprodução, experiência e poder, expressos em uma comunicação significativa codificada pela cultura” (CASTELLS, 2015, p. 70). Nas redes sociais e organizacionais, as metas e procedimentos operacionais são programados por atores sociais. Diante de um panorama político, não é difícil visualizar que alguns atores representam nós mais expressivos no jogo democrático ao redor do mundo

Em outras palavras, a novidade percebida é que características de redes informacionais digitais – como a flexibilidade, a escalabilidade e a capacidade de sobrevivência – são perceptíveis, no século XXI, também na forma de organização adotadas pelos Estados em sua interação com outros atores que ganham projeção nesse novo cenário, em uma perspectiva interativa e globalizada. Isto é, o processo de mundialização adquire características desconhecidas até então. A utilização das TIC, sobretudo a internet, possibilitaram a evolução do processo da mundialização para um estágio em que praticamente se desconhece limites de tempo e espaço. O resultado é a consolidação de diversas redes mundiais globais que operam simultaneamente, ancoradas em um paradigma aceleracionista.

A construção de um Estado que se pretenda democrático e de direito perpassa pela reflexão acerca das dinâmicas de poder e dos limites ao seu exercício e manifestação, limites que podem ser opostos tanto em face do Estado quanto diante de particulares, já que a internet é “vigiada, controlada e armazenada por empresas privadas e, sobretudo, pelos Estados, donde, paradoxalmente, resulta também um controle perfeito, principalmente por parte destes últimos, os quais também se servem de informações e dados colhidos pelas empresas privadas”. (SALDANHA, 2013, p. 212).

Nesse contexto, em que as redes são globais, é necessário (re)pensar o papel de agência dos Estados no processo de constituição (GIDDENS, 2009, p. 331-9) das estruturas sociais. Como já evidenciado, as redes globais pelas quais perpassam as dinâmicas de poder dependem de tecnologias da informação e comunicação. Diante desse rearranjo e deslocamento observado em relação à potencialidade do exercício de poder, fruto da sobreposição de redes globais que diluem as tradicionais fronteiras do Estado-Nação, é mister refletir acerca dos limites que se colocam à uma regulamentação democrática de demandas que se apresentam no quadro de uma sociedade em rede global. Isso tudo, por óbvio, invade o âmbito da política e influencia a ordem democrática, cenário em que a capacidade de controle, processamento e armazenamento das informações é a chave para o poder.

O poder é a capacidade relacional que permite a um ator social influenciar assimetricamente as decisões de outros atores sociais de formas que favoreçam a vontade, os interesses e os valores do ator que detém o poder. E as relações de poder são marcadas pela dominação, que é o poder entranhado e manifestado nas instituições da sociedade (CASTELLS, 2015, p. 57). Nesse sentido, tradicionalmente os Estados representam a manifestação do exercício de poder, pois as Instituições podem se envolver – e se envolvem – em relações de poder que dependem da dominação exercida sobre seus sujeitos.

Esse poder não constitui um atributo em si mesmo, manifesta-se sempre no âmbito relacional, entre atores sociais, e influencia as relações de forma assimétrica. Atualmente, algumas empresas de informação e comunicação, pelo destaque que têm assumido no

mercado, percebem um aumento na capacidade de exercício de poder. Nesse contexto, alguns atores que sequer existiram antes do advento da internet – como é o caso *Facebook*, por exemplo – gozam de uma posição de elevado destaque no quadro da sociedade em rede.

Nesse contexto, os Estados, atores historicamente incontestáveis em seu exercício de poder, situam-se em um momento em que devem se adaptar e aprender a conviver com novos atores que gozam de uma potencialização de sua influência econômica e política, inclusive por sobre eles, os Estados. Nesse sentido, dá-se destaque para atores como a OMC, o FMI, o Banco Mundial, em razão do que Chesnais nomeou *mundialização do capital* (CHESNAIS, 1996), e atores como as grandes empresas de telecomunicações, pois que possibilitam a própria mundialização do capital, além de proporcionarem a comunicação instantânea dos atores em âmbito global, característica central da sociedade em rede.

É preciso levar em conta, ao mesmo tempo, que no processo de cristalização das relações de poder, atores moldam instituições na medida de suas possibilidades ao mesmo tempo em que são moldados por elas (GIDDENS, 2009). Assim, à medida em que a estrutura organizacional da sociedade se altera, sobretudo quando se modificam também as formas de sociabilidade e a influência política e econômica dos atores envolvidos no processo, a alteração das relações de poder é uma consequência inevitável do processo. Há um processo político e democrático sempre *porvir*.

Assim, ao se aceitar a ideia de que a disputa pelo controle informacional significa exercício de poder, é oportuno considerar que o *establishment* fará o possível para maximizá-lo e, por conseguinte, utilizá-lo na perseguição de quaisquer que sejam seus interesses. Portanto, na sociedade em rede o controle informacional e a internet estão moldando e sendo moldados pelas relações de poder³ e ao se constatar que informação é poder deve-se considerar que os atores econômicos empresariais farão todo o possível para maximizar o controle informacional e, por conseguinte, seu poder econômico.

O paradoxo reside no fato de que ao mesmo tempo em que as TIC podem representar a vulnerabilização dos usuários da internet, através dela também é possível a organização política para reverter o quadro. A internet permite o protagonismo, organização em rede e a possibilidade de também produzir a informação, como destacado por Cardoso (2007, p. 187), para quem “a Internet oferece-nos comunicação de massa e comunicação interpessoal” e, “tecnologicamente possibilita a todos consumir informação e entretenimento e ao mesmo tempo produzi-los” (CARDOSO, 2007, p. 188).

Para Castells (2015, p. 121),

A digitalização da comunicação estimulou a difusão de um sistema de mídia tecnologicamente integrado no qual produtos e processos são desenvolvidos em várias

3 Para Castells, a forma primordial de poder está na capacidade para modelar a mente. Para o autor, a forma como se pensa e se sente determina a forma como se age, tanto no individual como coletivamente. (CASTELLS, 2015, p. 21). Por essa razão é que a expansão das TIC caracteriza ao mesmo tempo possibilidade de pulverização e de concentração de poder, tudo depende do uso que se conseguir fazer das tecnologias.

plataformas que sustentam uma variedade de conteúdos e de expressões de mídia dentro da mesma rede de comunicação global/local. A linguagem digital compartilhada permite economias de escala e, ainda mais importante, economias de sinergia entre essas várias plataformas e esses vários produtos. Por economias de energia quero dizer que a integração de plataformas e produtos pode produzir um retorno maior que a soma das partes investidas na fusão ou na formação de redes dessas plataformas de produto. A sinergia ocorre como resultado de processos de criatividade e inovação facilitados pela integração.

Observa-se a ocorrência de uma redimensionalização configurada pela interconexão dos conteúdos das comunicações, materializado através da informatização e da integração econômica e tecnológica de setores antes distintos e independentes (BARRETO JUNIOR, 2015, 408). Esse fenômeno é apresentado por Jenkins (2008, p. 27) como convergência tecnológica, e diz respeito “[...] ao fluxo de conteúdos através de múltiplos suportes midiáticos, à cooperação entre múltiplos mercados midiáticos e ao comportamento migratório dos públicos dos meios de comunicação”.

Segundo o autor, “[...] convergência é uma palavra que consegue definir transformações tecnológicas, mercadológicas, culturais e sociais” (JENKINS, 2008, p. 27) no período. Nesse sentido, o autor aduz que velhas estruturas, como os meios de comunicação não estão sendo substituídos, mas que suas funções e status estão sendo transformados pela introdução de novas tecnologias (JENKINS, 2008, p. 39-40). Esse rearranjo da sociedade se caracteriza enquanto verdadeira transição paradigmática, somente possível em razão das revoluções informacional e tecnológica, as quais transformaram profundamente as relações interpessoais.

Mireille Delmas-Marty acredita que talvez *prescrever regras com noções indeterminadas* pode ser um caminho a fim de melhor regulamentar uma área que se altera de forma tão veloz. Porém, noções indeterminadas não são noções indetermináveis. A proposta é a da substituição de uma pretensão regulatória absoluta por uma “colocação de setas” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 122) que indiquem aos intérpretes que caminhos seguir, sobretudo com a proteção dos direitos humanos como farol. É claro que diante das características que constituem a internet, tal tarefa só pode ser realizada com a perspectiva cosmopolita e democrática como horizonte.

4 | A DEMOCRACIA COSMOPOLITA DE HELD: UM PANORAMA FINAL DIANTE DE UMA COMPLEXA ORDEM MUNDIAL

Uma complexa ordem mundial é incontestável diante dos novos padrões de sociabilidade observáveis no mundo. O último capítulo do trabalho objetiva a refletir sobre os limites e desafios para se pensar em uma democracia cosmopolita, diante do complexo cenário que se estabelece, sobretudo em razão da observância do *risco* que permeia o início de milênio e da importância concreta e potencial das TIC, em especial a internet, para os processos políticos ao redor do mundo.

Na esteira do pensamento de Ulrich Beck, também David Held (2008, p. 426), percebe que a ordem global está mudando, e com ela o papel do Estado-Nação. Não há como ignorar o conjunto de forças que se combinam e acabam por restringir a liberdade de ação de governos e Estados, tornando porosas as fronteiras da política nacional e transformando as condições nas quais são tomadas decisões políticas (HELD, 2008, p. 426). Assim, observa-se a uma alteração no contexto institucional e organizativo das políticas nacionais e uma reorganização dos marcos legais e práticas administrativas desses Estados.

Held observa que quatro pontos fundamentais impõem um repensar da democracia, do Estado-Nação e do sistema mundial: a economia mundial, a tomada de decisões políticas internacionais, o direito internacional, e a cultura e seus entornos (HELD, 2008, p. 415-425). A importância desses quatro pontos centrais são, em grande medida, um reconhecimento de que os autores utilizados no trabalho, mesmo quando não se referenciam, dialogam entre si. O espírito do tempo é facilmente verificado desse intercruzamento.

É interessante observar que os grandes temas que permeiam o panorama político mundial são compartilhados também por outros autores, como Otfried Höffe (2005). Ao desenvolver suas reflexões acerca da *República Mundial*⁴, o autor também observa a influência econômica e mercadológica por sobre a organização política, além do necessário diálogo que se estabelece com instituições que talvez representem o início da transição para uma nova forma de organização política mundial, desde as associações mundiais de Ciências ao Comitê Olímpico Internacional (COI) (HÖFFE, 2005, p. 503).

Pensar a *Democracia no Mundo de Hoje*, título da obra de Höffe, é ter em conta os desafios de um mundo marcado pela complexidade. Não por acaso, ao trabalhar a ideia de República Mundial, o autor reconhece a existência e destaca o seu *caráter estatal multinivelado*. Para corroborar a informação, Höffe (2005, p. 506) refere que

No nível da República Mundial [...] diversos grupos desempenham um papel importante. Nos dias de hoje, já se registra a participação ao lado de dos Estados (calculados, atualmente, em 185 membros das Nações Unidas), de aproximadamente 300 organizações governamentais internacionais e supranacionais, bem como cerca de 10 mil organizações não-governamentais. Acresça-se a este número uma intrincada rede de opinião pública global e de poderes públicos globais.

Isto é, Höffe é possível observar um entusiasmo na construção teórica do autor, do estabelecimento de uma verdadeira ordem mundial democrática e de um efetivo espaço de diálogo entre os Estados e as Organizações Internacionais. Por outro lado, não se pode ignorar a visão um pouco mais cética apresentada por outros autores. David Held (2008, p. 427), ao analisar o período crucial de transição vivido refere que

4 Para Höffe (2005, p. 506): “Organizada de baixo para cima, e não o contrário, a República Mundial destaca-se por seu caráter estatal multinivelado. No caso de Estados federais, ela já começa com os Estados-membros da federação. O próximo nível são os Estados nacionais, que talvez estabeleçam alianças (eis o novo intermediário), segundo o modelo da União Europeia, formando unidades continentais e ou subcontinentais [...]”. Assim, o autor reconhece a construção de uma nova ordem mundial que se estabelece aos poucos, através de um diálogo, interconexão e interdependência cada vez maior entre os atores envolvidos no cenário internacional.

Percebe-se claramente um cenário que mostra progressiva concentração de poder e de enfraquecimento dos estados frente aos processos e forças do mercado. Nesse contexto, se corre o risco de que a política democrática se reduza para se adaptar aos mercados globais – questionando suas tendências e se adaptando a eles. Ao mesmo tempo, a suscetibilidade a respeito da ONU nas agendas dos países mais poderosos, a debilidade de muitas de suas operações de paz mundial (ou sua completa ausência), o escasso financiamento de seus organismos, a contínua dependência de seus programas de apoio financeiro de vários países, a inadequada aplicação de muitas leis ambientais (regionais e globais) indicam uma ineficácia e um alcance muito limitados da democracia a nível global. O sistema multilateral depende exageradamente das agendas dos principais estados, uma tendência que poderia se acelerar nos próximos anos. [...]. Este cenário sugere que a política global dependerá cada vez mais das prioridades econômicas globais e da influência multilateral dos “clubes” e poderes executivos (G1, G7, G8).⁵

O contraponto verificado em Held é importante para que não se perca de vista a dimensão realista das relações internacionais, bem como a forma a qual o poder se estabelece e se relaciona, na forma do que fora visualizado no capítulo supra, vide Castells (2015). Ao lado da ideia de *rede*, Höffe resgata o conceito de *rizoma*, a partir de Deleuze e Guatarri, para tentar explicar a forma como todos os pontos se interconectam sem uma estrutura hierarquicamente organizada (HÖFFE, 2005, p. 506-7). Mas como se pode verificar, ainda que não haja uma ordem hierárquica organizada, alguns atores como as grandes empresas e os Estados mais poderosos acabam assumindo posições de destaque na ordem mundial e, por conseguinte, na tomada de decisões políticas.

É justamente a partir de todas essas reflexões que Held, enquanto um teórico normativista, enfrenta a questão para propor uma nova forma de organização política a nível mundial, a qual chama de *Democracia Cosmopolita* (HELD, 2015, p. 427-433). Além de todos esses pressupostos que justificam o desenvolvimento do novo modelo, somados a outras ideias como a de riscos globais referida por Beck (2013), Held deixa claro que não se trata apenas de definir formalmente novas instituições democráticas, mas também de definir novos meios de participação cívica na deliberação e tomada de decisões em nível regional e global (HELD, 2015, p. 428).

Diante dessas colocações, parece impossível dissociar a implementação de um modelo democrático que se pretenda global, qual a Democracia Cosmopolita, sem a utilização das TIC, em especial a internet. O potencial democrático apresentado pela internet, enquanto uma ágora sem limite de cidadãos, é infinito. A possibilidade de intercâmbio informacional e de uma organização sem precedentes é latente (CASTELLS, 2015). É claro que não se pode ignorar as dificuldades de organização uma ferramenta com um potencial tão grande. Ao mesmo tempo, não há como não pensar nessa tecnologia enquanto um *bem comum* mundial (RODOTÀ, 2013). De qualquer forma, seja qual for o cenário que espera no horizonte, é bastante provável que lá esteja a internet.

Por fim, ainda que não se ignore todas as dificuldades derivadas das diversas relações de poder que se estabelecem no quadro da sociedade global em rede, parece haver

5 Tradução livre.

algumas razões para crer em um novo modelo que aos poucos vai ganhando forma. Seja pelas relações estabelecidas desde a perspectiva material de uma República Mundial, seja pelo desenvolvimento de modelos teóricos como o da Democracia Cosmopolita, é possível visualizar possibilidade para uma comunidade global mais integrada e com um aprofundamento democrático.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se em um primeiro momento os reflexos da alteração paradigmática operadas no seio da sociedade moderna se deu por meio da percepção ambiental, logo em seguida foi possível transpor a ideia de risco para a seara tecnológica. A compreensão da internet enquanto bem comum da humanidade deriva do fato de a vida cosmopolita ser impensável sem uma tecnologia que se tornou fundamental para o funcionamento das mais diversas áreas e setores da vida em sociedade a nível mundial.

A sociedade em rede, permeada pelos paradigmas tecnológico e informacional, constitui-se enquanto um modelo organizacional completamente diverso de qualquer outro existente até então. As mudanças no campo tecnológico acontecem muito rapidamente, impondo desafios de ordem estrutural em razão dessa velocidade. O intercâmbio entre informação e tecnologia possibilitou e foi possibilitado por esse modelo. Esse não deve ser considerado, *a priori*, nem como bom ou mau, pois que depende da utilização que se faz dessa nova composição.

Nesse cenário, diversas dinâmicas de poder se estabelecem, alterando uma lógica que colocava apenas os Estados nacionais enquanto atores de grande relevância, de forma que grandes empresas cada vez mais possuem condições de expansão e interferência política em razão da interferência e controle por sobre as TIC e pelo aumento do poderio econômico. Ao mesmo tempo, quando a população tem acesso a essas ferramentas, com destaque para internet, é possível disputar diversos espaços e aprofundar as possibilidades democráticas.

Em que pese todas essas considerações, sobretudo no que diz respeito ao tamanho e o poder acumulado por atores de destaque no sistema internacional, é possível verificar possibilidades para rearticulações democráticas a nível mundial. Há autores que pensam essa construção se desenvolvendo de forma orgânica, de baixo para cima, e autores que pretendem realizar a construção a partir da descrição de um modelo teórico. Em todos, o que se evidencia é uma importância incomensurável da internet para o aprofundamento democrático.

Constata-se, por fim, que o avanço tecnológico e o progresso, por si sós, não guardam estreita relação com uma eventual evolução ou com o aperfeiçoamento humano. As tecnologias não devem ser consideradas boas ou ruins, pois que dependem do uso

que as pessoas serão capazes de destinar a elas.

REFERÊNCIAS

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na *internet*: o Marco Civil da rede examinando com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (orgs.). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Ruma a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2013.

_____. The cosmopolitan society and its enemies. **Theory, Culture & Society**. Londres, v. 19, n. 1-2, p. 17-44, 2002. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.312.3778&rep=rep1&type=pdf>> Acesso em: 02 nov. 2016.

CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação – economia, sociedade e cultura. Tradução Roneide Venâncio Majer. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. V. 1.

_____. **Fim de milênio**: a era da informação – economia, sociedade e cultura. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2012. V. 3.

_____. **O poder da comunicação**. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FREITAS, Ilton. **Transparência e Controle na Era Digital**: A agenda da democracia brasileira: Como a presença dos governos na internet pode favorecer o estado democrático de direito. Porto Alegre: Armazém Digital, 2013.

GIDDENS, Anthony. **A Constituição da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madri: Alianza Editorial, 2008.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência**. Tradução Susana Alexandria. São Paulo: Aleph, 2008.

LEONARDI, Marcel. Marco Civil da *Internet* e proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira (orgs.). **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/2014) – São Paulo: Quartier Latin, 2015. p.517-538.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância**: A privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Pourquoi Internet doit devenir un “Bien Commun”**. Entrevista com Joseph Confavreux. Mediapart. 2015. Disponível em: <<https://www.mediapart.fr/journal/culture-idees/101015/pourquoi-internet-doit-devenir-un-bien-commun?onglet=full>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “império cibernético” na era da aceleração e da informação: um “sexto continente” de liberdade perfeita ou de controle perfeito? In: TYBUSH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de Araujo; SILVA, Rosane Leal da (orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013.

AS MÚLTIPLAS IDENTIDADES NA ERA DOS PERFIS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DESAFIO FAVORÁVEL OU DESFAVORÁVEL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Data de aceite: 03/08/2020

Ronny Max Machado

<http://lattes.cnpq.br/3526842654606450>

Paulo Victor Alfeo Reis

<http://lattes.cnpq.br/1487200765396130>

RESUMO: O artigo em questão dispõe acerca da premente crise de identidade pós-moderna advinda das profundas e enormes transformações tecnológicas devidas entre outros aspectos à globalização, à celeridade dos meios de comunicação e o conseqüente encurtamento do tempo e espaço que se impõem aos hábitos e modos de vida em sociedade como desafios frente ao Estado Democrático de Direito. O método adotado é o da revisão e discussão crítica bibliográfica e o dialético, especialmente a partir dos discursos dos mais prestigiados pensadores da sociologia, filosofia e direito do Ocidente.

PALAVRAS-CHAVE: Pós modernidade; Sociedade da Informação; Globalização; Identidade; Perfil.

THE MULTIPLE IDENTITIES IN THE AGE OF PROFILES ON THE INFORMATION SOCIETY: FAVORABLE OR UNFAVORABLE CHALLENGE TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

ABSTRACT: The article in question deals with the pressing crisis of postmodern identity arising from the profound and enormous technological transformations due, among other things, to globalization, the speed of the media and the consequent shortening of time and space imposed on habits and life modes of communication in society contrasted on the so called Democratic State of Law. The method adopted is that of critical and bibliographic review and discussion, especially from the discourses of the most prestigious thinkers of sociology, philosophy and law in the West.

KEYWORDS: Post modernity; Information Society; Globalization; Identity; Profile.

1 | INTRODUÇÃO

É preciso pensar na crise de identidade “pós-moderna”, sendo está decorrência das profundas e enormes transformações tecnológicas devidas entre outros aspectos

ao fenômeno da globalização, a velocidade alcançada pelos meios de comunicação e a conseqüente redução do tempo e espaço que se impõem aos hábitos e modos de vida em sociedade. A partir de uma reflexão sobre a chamada crise de identidade na “pós-modernidade”, a proposta interrelaciona o contexto da Sociedade da Informação, o fenômeno da Globalização e o surgimento da Era dos Perfis como elementos consolidantes da democracia e, conseqüentemente, de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro momento, surgem duas indagações, que são: Dentro das redes digitais como podemos identificar os indivíduos? Existiria uma multiplicidade aparente de identidades? As questões sobre os impactos da globalização, das novas tecnologias e das redes sociais que surgem na sociedade da informação, são o ponto de partida que viabilizará a compreensão das especificações que envolvem os inúmeros ambientes de relacionamento que são conhecidos na Internet e que terminam por moldar a personalidade, o comportamento e o modo de pensar dos indivíduos, agentes diretos da Democracia e do Direito, estabelecendo, assim, uma crise do reconhecimento de cada um, fruto da nova realidade mundial conseqüente do aprimoramento tecnológico e do processo global, que pode ser compreendido como “uma dinâmica que assimila de maneira durável a sociedade mundial, as diferentes regiões do mundo, as nações e as culturas locais”¹.

2 | A CRISE DE IDENTIDADE NA “PÓS-MODERNIDADE”

Estamos diante de um novo período da História, que podemos compreender como sendo uma nova revolução, mas não ao estilo daquelas que ocorreram na França de 1789 a 1799 ou até mesmo a Russa de 1917 (e demais outras de cunho Socialista/Comunista) sob a ótica Ocidental, por que aqui tratamos de um evento conflitante que não se traduz em uma bipolaridade entre os bons e os maus, porém, que tudo que nos cerca é ilusório, não existindo verdade absoluta nem erros.

Durante o período das revoluções comunistas tinha-se como *slogan* a busca do bem comum, em cujos ideais visavam algo de bem a todos, contrastando enfaticamente que o movimento dito capitalista representava algo mal e egoisticamente dirigido ao bem de poucos, já para a denominada “pós-modernidade”, o ambiente traduz certa inverdade de que não existem dualidades afins, entre o bem e o mal por exemplo, uma vez que não há uma razão de ser das coisas podendo ser dissolvida sem gerar uma ausência para o ser humano.

Em contrapartida, um dos principais objetivos da “pós-modernidade” é focar-se na condição do próprio homem ao invés da sociedade, que apenas sofreria uma mudança a partir das mudanças sentidas ou sofridas pelo homem. A proposta igualitária e fraternal

1 WULF, Christoph. “Globalização universalizante ou diferenciada?”. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (org). **Globalização para quem?** Uma discussão sobre os rumos da globalização. Trad.: Joana Angélica D’Avila Melo, São Paulo: ed. Futura, 2004, p. 233.

que antes existia apenas no ideário socialista/comunista foi suplantada e aperfeiçoada pelo regime capitalista liberal ao embasar seus propósitos nas mudanças da sociedade sem promover alterações no comportamento dos indivíduos.

A “pós-modernidade”, por sua vez, age com vistas a mudar os indivíduos para assim promover conseqüências na ordem social. Uma das primeiras movimentações deste momento histórico consistiu numa revolução cultural que viabilizaria uma possível “tomada de poder”. A partir de concepções onde tudo que estivesse “presente” ao nosso redor fosse relativo, ilusório, desprovido de ideologias e ideais absolutas, a “pós-modernidade” terminou por prestigiar a construção de um padrão de pensar de caráter imediato no ser humano, isto é, voltando-se para o momento atual, com preocupações dirigidas apenas para o presente e não projetadas com o futuro.

Diante desta constatação, é possível pensar na identidade do ser humano com estas características, entre elas o imediatismo, que colocaria em xeque a identidade do indivíduo sobre inúmeros ângulos. Como nos dizeres de Marco Antônio Barbosa, “a identidade na modernidade tardia, ou pós-modernidade, estaria em crise, segundo a visão de importantes estudiosos das ciências sociais².”

Pensando no homem “pós-moderno” como aquele que busca um aproveitamento máximo da vida, sobretudo em relação ao “momento”, é possível encontrar fundamentos através da teoria de Sigmund Freud que afirma não haver um propósito para a vida, como sustentam as diversas religiões. Diante disso, o que se percebe a partir do indivíduo é que “a psique, na teoria freudiana, é uma estrutura de significado antes de ser uma entidade física. Ela tem a ver com processos simbólicos e, logo, pede interpretações”, conforme explica Marco Antônio Barbosa³. Aqui temos somente finalidades de caráter subjetivo, ou seja, sobre todas as coisas, o aproveitamento dos momentos da vida, experimentando os sentimentos que geram prazer e satisfação e, conseqüentemente, o afastamento de tudo aquilo que provoque um descontentamento.

Marco Antônio Barbosa apresenta, dentro desta abordagem, uma das noções que envolvem a afirmação clássico-freudiana de como concebemos o sujeito dizendo: “(...) ‘penso, logo existo’. E, é por isso que desde então, essa concepção de sujeito racional, pensante e consciente, situado no centro do conhecimento, tem sido conhecida como ‘sujeito cartesiano’⁴.”

Outro aspecto para uma proposta de se pensar a identidade dos indivíduos leva em consideração que, enquanto a modernidade tinha como um de seus fundamentos o ideal de que o trabalho (decorrente primordialmente após o período da chamada “Revolução Industrial”) asseguraria o futuro, e na racionalidade científica, a “pós-modernidade”, por

2 BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade: A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010, p.75.

3 BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade: A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010, p.82.

4 Idem, p.77.

seu turno, nega este interesse voltado ao e para o futuro, buscando a sensibilidade ao invés da racionalidade, assim sendo, “a modernidade fez surgir uma decisiva forma de sujeito individualizado.”⁵

A “pós-modernidade” tende a traduzir uma tendência universal, porém, mais do que isso, é fruto de uma visão que se proclama universal ou total. Segundo Pierre Weil, um dos expoentes da gnose e do pacifismo “pós-moderno”, a “abordagem holística tem a finalidade de reagrupar os elementos espalhados ou afastados do todo, ou consertar os efeitos catastróficos dos limites criados por e no espírito dos ‘seres humanos’ para Pierre Weil”. em nome da paz se faz a guerra, em nome da desigualdade combatem os orgulhosos, em nome do amor, criticam os que se mostram insensíveis, ...⁶”.

Alguns exemplos que podem ser apresentados estão nas questões envolvendo os Estados Unidos da América, a Rússia, a Coreia do Norte e demais Estados Soberanos constantemente envolvidos em sensíveis tensões que trazem a tona, mais uma vez, a possibilidade de grandes guerras (inclusive com o uso de armas nucleares), os fatos que decorrem das doenças incuráveis que se proliferam, os eventos catastróficos da natureza que provocam grandes perdas humanas, que somados aos elementos doutrinários advindos da visão antropocêntrica da “pós-modernidade”, formam uma denominada “moral da morte”. Sendo esta moral um fator que induz, cada vez mais, que os indivíduos busquem por viver ao máximo o presente, como se não houvesse um amanhã.

Aliado a este pensamento, Marco Antônio Barbosa sustenta que a modernidade trouxe consigo o surgimento de um decisivo ser ou sujeito totalmente individualizado. Segundo ele, “a identidade passa a ser percebida como formada na ‘interação’ entre o eu e a sociedade.”⁷, desde o Humanismo renascentista do século XVI ao Iluminismo do século XVIII, perpassando pela sociedade pseudo-teocrática européia à reforma protestante até os “novos movimentos sociais”, grandes transformações ocorreram na cosmovisão do indivíduo, de sua identidade perante a sociedade e do que lhe constitui cultura ou identidade cultural.

Os movimentos de 1968, como o feminismo, contribuíram para a modificação dos ideários da identidade do sujeito: que num primeiro momento, era considerado estável, sólido, autônomo, autossuficiente e agente da história, o chamado sujeito cartesiano e, que, num segundo momento fora desdobrado e deslocado em função de certo papel ativo nas manifestações sociais e culturais frente a sociedade.

A influência desta sociedade em suas próprias manifestações, em função de certo papel passivo do indivíduo, o chamado sujeito sociológico, que, atualmente, passa por um efeito desconstrutivo e descentrado culminando no chamado sujeito “pós-moderno”⁸,

5 Idem, p.76.

6 WEIL, Pierre. **A nova ética**. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1993.

7 BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade: A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010, p. 77.

8 “(...) o sujeito do Iluminismo, visto como tendo uma identidade fixa e estável foi descentrado, resultando nas identidades abertas, contraditórias, inacabadas, fragmentadas do sujeito pós-moderno.” BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade:

marcado por identidades abertas, contraditórias, inacabadas e fragmentadas.

3 | A GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A ERA DOS PERFIS;

A globalização é considerada um fenômeno invisível que inter-relaciona as pessoas com o mundo, que gerou pontos em comum na área econômica, social, cultural e política, e que conseqüentemente interligou o Mundo. O fenômeno da globalização com seu dinamismo ao redor da sociedade mundial, de acordo com Christoph Wulf⁹, torna-se notória a partir de cinco elementos diferentes de relevância, que assim expomos:

- (i) a globalização dos mercados com o desaparecimento das barreiras comerciais, o aumento da movimentação dos capitais e o ganho de influência econômica neoliberal;
- (ii) “a globalização das estratégias das empresas e dos mercados, que são estratégias mundiais de produção, de distribuição e de redução de custos por deslocalização”;
- (iii) “a globalização da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico, acompanhada pela elaboração de redes mundiais, de novas tecnologias da informação e de comunicação”;
- (iv) a globalização de estruturas políticas transnacionais, perdendo os Estados-nações certa influência, desenvolvendo-se organismos e estruturas internacionais;
- (v) “a globalização de modelos de consumo, estilos de vida e estilos culturais, que conhecem uma tendência à uniformização”.

O autor ao concluir, afirma:

O efeito combinado desses elementos cria um quadro de referência para a compreensão do *Zeitgeist*, para a autocompreensão do homem de nossos dias e, portanto, para as evoluções culturais do presente. O que é característico, aqui, é o isolamento da economia em relação à esfera política, a globalização das formas de vida e o crescimento da importância das imagens no quadro de uma “deturpação icônica”.

Sobre o fenômeno denominado globalização Rômulo de Andrade Moreira sustenta um modo de compreender os relacionamentos que se internacionalizam entre as pessoas ao redor do planeta. De acordo com o autor¹⁰:

A globalização traduz uma idéia de internacionalização nas relações entre os povos, um inter-relacionamento entre os Estados nacionais de modo que identificamos, ao lado destas micro-realidades, uma só região, um só mundo, ou, como dizem muitos, uma verdadeira -aldeia global. Esta única e internacional realidade se reflete inexoravelmente na economia, na política, nos negócios, no direito, etc.

A globalização representa um fator decorrente do sistema capitalista, com base nos pensamentos de caráter neoliberal, aonde as características do mercado internacional e a competitividade do sistema são cada vez mais observados.

Diante deste cenário, os impactos da globalização que em certa medida, aprimoraram

A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010 , p.85

9 WULF, Christoph. “Globalização universalizante ou diferenciada?”. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (org). **Globalização para quem?** Uma discussão sobre os rumos da globalização. Trad.: Joana Angélica D’Avila Melo, São Paulo: ed. Futura, 2004, p. 233-234.

10 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Globalização e crime**. In: Globalização e direito. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 268.

e tornaram efetiva as relações de natureza econômica e social entre as pessoas são: o surgimento e abertura de novos mercados de consumo, redução de custos de caráter trabalhistas e diminuição na atuação do Estado como agente regulador das relações sociais de trabalho e consumo.

Muitos se esforçam, por meio de pesquisas, em descrever o fenômeno da globalização, seus impactos e suas facetas. Renato Baumann apresenta algumas dificuldade para definir o processo de globalização, porém é paulatina a capacidade de compreender alguns de seus efeitos. Diz o autor que¹¹:

Em que pesem as dificuldades conceituais, o conhecimento do processo de globalização, suas características e possíveis efeitos torna-se crescentemente necessário, tanto porque esse processo é expansivo por natureza, quanto porque não existem indícios aparentes da sua eventual reversão.

Octavio Ianni reflete sobre a sociedade global, traçando as concepções quantitativas e qualitativas que podem ser percebidas, mas alerta para a carência de interpretações que envolvam a maior parte dos aspectos caracterizadores deste fenômeno¹²:

Ocorre que a sociedade global não é mera extensão quantitativa e qualitativa da sociedade nacional. Ainda que esta continue a ser básica, evidente e indispensável, manifestando-se inclusive no âmbito internacional, é inegável que a sociedade global se constitui como uma realidade original, desconhecida, carente de interpretações.

Renato Baumann comenta sobre o avanço da globalização ao longo do tempo sem apresentar pontos capazes de reduzir seus reflexos nas sociedades ocidentais no tocante as culturas, ideologias e economias. O autor apresenta essa ideia da seguinte maneira¹³:

Uma das peculiaridades que distinguem o processo de globalização de toda experiência anterior é que, como conseqüência de sua forma e intensidade, seus efeitos são mais intensos e se superpõem aos anteriores, além de que – à diferença, por exemplo, da regionalização, em que aspectos políticos ou de outra índole podem levar ao fracasso de um processo – por sua própria natureza, sua tendência é de constante ampliação, afetando, embora de forma variada, a todos os países.

Os eventos inauguradores das novas tecnologias permitiram que se cunhasse a ideia e expressão sociedade da informação. Esta concepção social voltada a relevância da informação surgiu em 1969 com base na criação, nos Estados Unidos da América, da chamada *Arpanet (Advanced Research Projects Agency)*¹⁴.

Nascia neste mesmo período, um modelo sistemático de redes interligadas denominado *Internet (Inter Networking)*¹⁵. Ao final do século XX e início do presente, a internet tornou-se um meio presente na vida das pessoas e seus efeitos são perceptíveis cotidianamente.

11 BAUMANN, Renato (org). **Uma visão econômica da globalização**. In: O Brasil e a economia global. Rio de Janeiro: SOBEET: Campus: 1996. p. 37.

12 IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.p. 190.

13 BAUMANN, Renato (org). **Uma visão econômica da globalização**. In: O Brasil e a economia global. Rio de Janeiro: SOBEET: Campus: 1996. p. 37 - 38.

14 PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

15 Idem.

A Sociedade da Informação possui muitas concepções, sendo as que mais se destacam como aquelas que enfatizam a relevância da informação e o papel das tecnologias na Sociedade em que se inserem. Tadao Takahashi apresenta algumas concepções acerca deste fenômeno da seguinte forma¹⁶:

A sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.

Diante disto, a expressão sociedade da informação passou a ser popularizada durante a década de 1980, período em que as primeiras manifestações que objetivavam a implementação desta concepção por meio de ações que tiveram seus expoentes atuantes perante Centro Europeu de Investigação Nuclear, que viabilizaram a inclusão digital e integração dos seres humanos através da internet.

No Brasil, o pensamento voltado à sociedade da informação teve como evento propulsor, através do Ministério da Ciência e Tecnologia no ano de 1997, a confecção e elaboração do denominado Livro Verde da Sociedade da Informação, que tem por diretrizes principais a implantação e facilitação de acesso à interação por meio eletrônico, dentre outras.

Além disso, o sentido da expressão sociedade da informação, de acordo com Tadao Takahashi, traz em seu cerne a possibilidade de seu estudo sob várias perspectivas. Esclarece o autor que¹⁷:

O conceito de Sociedade da Informação surgiu nos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) sobre as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea. A definição de Sociedade da Informação deve ser considerada tomando diferentes perspectivas.

Mesmo tendo um conteúdo sociológico, a expressão “sociedade da informação” tem seus reflexos na seara do direito e, por conseguinte, na vida dos indivíduos. A globalização, a sociedade da informação e o direito se conectam em inúmeros pontos que podem ser amplamente analisados. Entre estes, pode-se mencionar o surgimento das tecnologias, as práticas transmissoras de informação e o consumo que serviram para análise do presente tema.

Assim sendo, traz-se passagem da obra de Boaventura Souza Santos que traduz a

16 TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

17 TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

ideia apresentada a respeito da conexão destes pontos da seguinte forma¹⁸:

Trata-se de um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

Em razão disto, por meio do desenvolvimento das estruturas tecnológicas, cada vez mais se aprimoraram os meios de informação e comunicação, com destaque para a telefonia móvel, inclusive com uso da internet, com fortes impactos no desenvolvimento tecnológico, conforme é ressaltado por Cooper, Green Murtagh e Harper¹⁹:

(...) quando pensamos no impacto empírico do fenômeno dos celulares/aparelhos móveis na vida cotidiana, nós descobrimos que a sociologia e a filosofia contém termos que parecem apropriados, mas que têm ou tiveram algumas conotações diferentes: por exemplo, mobilidade social, a problematização da distinção entre público/privado, a transformação estrutural da esfera pública, a metafísica da presença, o fonocentrismo, e, claro, a mobilidade imutável.

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massas e informática. Esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem que gera conhecimento e riqueza. Irineu Francisco Barreto Junior, neste mesmo sentido das mudanças comportamentais das pessoas em razão do avanço das tecnologias, trata do “informacionalismo” e do valor econômico da informação que demonstra um dos aspectos de alteração da vida dos indivíduos.

O advento do Informacionalismo é, indubitavelmente, a principal marca econômica da sociedade em rede. Reorganiza a produção de riqueza no sistema econômico, no qual há uma gradativa valorização da informação como mercadoria e fator de geração de valor econômico, o que torna a National Association of Securities Dealers Automated Quotations (Nasdaq), bolsa de valores das empresas tecnológicas, tão estratégica, em termos de organização econômica, quanto a tradicional New York Stock Exchange, denominada bolsa de Wall Street. As megacorporações informativas (Google, Facebook e Yahoo, entre outras) acumulam vestígios de informações sobre os usuários da Internet, tais como seus padrões de navegação, compras realizadas on-line, preferências culturais, religiosas e ideológicas, websites de interesse, verbetes e expressões pesquisadas nos websites de busca, entre outras, “impressões digitais eletrônicas” que servem para estabelecer uma categorização minuciosa de cada usuário na rede. (...). Circunscreve-se no fato de que há inúmeros usos para esses perfis eletrônicos, tal como direcionamento de publicidade on-line, oferta de mercadorias relacionadas ao perfil do consumidor, além de montar

18 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2011. p.12

19 Tradução livre de: When we think about the empirical phenomena of mobile phone/device use in everyday life, we find that sociology and philosophy contain a number of terms which seem apt, but have or have had somewhat different referents: for example, social mobility, the problematizing of the public/private distinction, the structural transformation of the public sphere, the metaphysics of presence, phonocentrism, and, of course, the immutable mobile. COOPER, G., GREEN, N., MURTAGH, G.M., HARPER, R., **Mobile Society? Technology, distance, and presence.**, in WOOLGAR, S., *Virtual Society*. Oxford, Oxford Press, 2002, p. 288

O entendimento no sentido de que as ciências sociais, incluídas o Direito, devem compreender que o conceito de sociedade, bem como o de cultura, linguagem e identidade estão perdendo sua força linear e unificadora frente à constatação de que a aproximação dos agrupamentos humanos, que tem sido promovidas pela sociedade da informação, e evidencia que o que nos agrupa não são unidades ou sistemas bem delimitados de igualdades metafóricas mas as diferenças que tem atravessado fronteiras nacionais integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, que terminam por evidenciar que nenhuma “sociedade”, “cultura” ou “identidade” é substancialmente única, gênica ou essencial.

4 | A INTERNET E A IDENTIDADE DOS INDIVÍDUOS: UMA MULTIPLICIDADE LATENTE OU APARENTE

Como demonstrado, a internet é uma celebração do potencial radical da interatividade como desdobramentos da identidade. Mas esta interatividade não só ocorre entre indivíduos, mas entre a técnica e a cultura no corpo social, o que pode trazer certa ideia de pioneirismo da internet, ou de que esta interação tenha se dado, ou iniciado, com o advento dela (em seu maior expoente nas redes sociais). Ocorre que isto é grandemente questionado, pois neste sentido²¹:

O primeiro pintor de cavernas era artista ou engenheiro? Era ambas as coisas, é claro, como o foram, em sua maior parte, os artistas e os engenheiros desde então. Mas temos o hábito — cultivado por muito tempo — de imaginá-los como separados, os dois grandes afluentes correndo incessantemente para o mar da modernidade e dividindo, em seu curso, o mundo em dois campos: os que habitam nas margens da tecnologia e os que habitam nas margens da cultura. (...) Qualquer analista profissional de tendências nos dirá que os mundos da tecnologia e da cultura estão colidindo. Mas o que surpreende não é a própria colisão — é o fato de ela ser considerada novidade. Poderíamos pensar que a vida de Leonardo da Vinci ou de Thomas Edison seriam suficientes para nos convencer de que a mente criativa e a mente técnica coabitam de longa data. (...) O mundo digital pode estar conectado a uma rede, ser inicializado e ter placa de som, mas é surdo para a história.

Prossegue o autor, ainda, frisando que²²:

Hoje é a velocidade instantânea da informação elétrica que, pela primeira vez, permite o fácil reconhecimento dos padrões e contornos formais da mudança e do desenvolvimento. O mundo inteiro, passado e presente, revela-se agora a nós mesmos do mesmo modo que percebemos uma planta crescendo graças a um filme enormemente acelerado. (...) A explosão de tipos de meios de comunicação no século XX nos permite, pela primeira vez, apreender a relação entre a forma e o conteúdo, entre o meio e a mensagem, entre

20 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127 p. 410.

21 JOHNSON, Steven. **Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 13-14.

22 Idem, p. 15, 16 e 18.

a engenharia e a arte. Um mundo governado exclusivamente por um único meio de comunicação é um mundo governado por si mesmo. Não se pode avaliar a influência de uma mídia quando não se tem com que compará-la, (...). Chegamos a um ponto em que os vários meios de comunicação evoluem tão rapidamente que os inventores e os profissionais se amalgamaram numa unidade holística, como um laboratório de ciência que abrigasse um seminário sobre escrita criativa.

E é neste acelerado filme em que nos encontramos, que o desenvolvimento de uma tecnologia de interface, restrita ao mundo dos computadores extrapolou os circuitos e seus cálculos binários para a esfera social e de interatividade entre os indivíduos. O autor, assim, discorre que²³:

Graças às generosas verbas de publicidade da Microsoft, a “janela” (window) é hoje a abreviatura da ampla série de inovações que compõem a interface contemporânea. Nem seta do mouse, nem metáfora do desktop, nem barra de menu — a história da interface se divide agora nitidamente em duas épocas: pré-janelas e pós-janelas. (...) As janelas são elementos mais fluidos, mais portáteis. Podemos arrastá-las pela tela, alterar seu tamanho com um só clique do mouse. São projetadas para ser maleáveis, mutáveis. A maioria dos usuários de computador está constantemente mexendo nas suas janelas, aumentando-as ou diminuindo-as, empurrando-as para as periferias do desktop ou pondo-as em foco. (...) A janela se revelou um meio de visualizar o que os programadores chamam de alternância de modo. (...) Essa transição de modos para janelas representou um avanço espetacular na facilidade de uso — tão espetacular, de fato, que agora é difícil imaginar um mundo digital sem janelas.

Concomitantemente com o surgimento da internet, o paradigma das janelas se estabeleceu não só nas tecnologias computacionais mas também nas formas de interação entre indivíduos. Aparentemente, a alta customização e facilidade de uso das janelas foi transpassada para as inter-relações humanas, pois neste sentido, Sherry Turkle defende que²⁴:

A vida real é só mais uma janela e normalmente não é a que mais me agrada (...) as janelas tornaram-se uma poderosa metáfora para pensar no eu como um sistema múltiplo e fragmentado. O eu já não se limita a desempenhar diferentes papéis em cenários e momentos diferentes (...). A prática vivida nas janelas é a dum eu descentrado que existe em muitos mundos e desempenha muitos papéis ao mesmo tempo.

Desta forma, as redes sociais, com maior influência, potencializaram a criação de novas “janelas relacionais”, pois há redes sociais que difundem currículos e *status* profissionais, como o *Linked In*, há redes que promovem encontros românticos ou casuais, tais como o *Tinder* e *Badoo*, há redes sociais para compartilhar fotos, vídeos e fatos do cotidiano, como o *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, *Youtube* e *Vimeo*, há redes para conversação instantânea, como o *Messenger*, *Telegram*, *Whatsapp*, e tantas outras que apresentam e expõe o eu dos indivíduos ditando verdadeiros perfis ou comportamentos, antes desenvolvidos em espaços físicos “destinados” à interação entre indivíduos. A autora, neste sentido, entende que²⁵:

O advento desse discurso utópico em torno da descentralização coincidiu com a crescente fragmentação da sociedade em que vivemos. Muitas das instituições que

23 Idem, p. 76, 77, 80 e 81

24 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D’água, 1997, p. 18

25 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D’água, 1997, p. 262

costumavam reunir as pessoas – a rua principal duma localidade, a sede dum sindicato, uma associação de munícipes – já não cumprem a função de outrora. Muitas pessoas passam a maior parte do dia sozinhas, diante do ecrã duma televisão ou dum computador. Ao mesmo tempo, como seres sociais que somos, estamos a tentar (nas palavras de McLuhan) retribalizar-nos. E, nesse processo, o computador desempenha um papel central²⁶

Com isto, ao falarmos do eu, uma das notórias contribuições de Sigmund Freud às ciências sociais e a comunicação foi ter proposto uma visão radicalmente descentralizada do eu, mas tal mensagem fora várias vezes deturpada por alguns de seus apoiadores, que insistiram em atribuir ao ego uma autoridade executiva suprema no governo do eu. Contudo, estas tendências de se re-centralizar o eu foram, por sua vez, questionadas paulatinamente por membros do próprio movimento psicanalítico.

As ideias de Carl Gustav Jung sublinharam que o eu é o lugar de convergência de diversos padrões ou arquétipos. A teoria das relações objetais da personalidade, com maior presença em William Ronald Dodds Fairbairn ao privilegiar as considerações sobre a qualidade das relações de objeto e da dependência dos objetos, referiu o modo como as coisas e as pessoas que habitam o mundo real vêm viver dentro de nós²⁷.

Mais recentemente, os pensadores pós-estruturalistas tentaram descentrar o ego de forma ainda mais radical. Na obra de Jacques-Marie Émile Lacan, por exemplo, os complexos encadeamentos ou conjuntos de associações que constituem o significado para cada indivíduo não conduzem a qualquer lugar final, nuclear ou central. Com isto, numa tentativa de regressar ao ideário de Freud, Lacan difundiu a ideia de que o ego nada mais é do que uma ilusão, neste sentido²⁸:

(Lacan) estabelece a ponte entre a psicanálise e a tentativa pós-moderna de retratar o eu como um domínio discursivo, e não uma coisa real ou uma estrutura permanente da mente humana. (...) Na sua realidade virtual, moldamo-nos e criamo-nos a nós mesmos. (...) Será a expressão de uma crise de identidade, do tipo que associamos tradicionalmente à adolescência? Ou estamos a assistir à lenta emergência dum novo estilo de pensamento, de natureza múltipla, acerca da mente?

Com estes questionamentos podemos perceber momentos críticos que a tecnologia traz a toda e qualquer ciência posta, na medida em que qualquer generalização ou tentativa de agrupamento se mostra incoerente com a realidade e contrária à boa ciência, o que nas palavras de Marco Antônio Barbosa²⁹, podemos perceber que:

(...), talvez o que seja mais curioso nessa discussão a respeito da crise da identidade é que a despeito de sua distância tanto no tempo quanto no espaço e de seus conteúdos culturais profundamente heterogêneos, nenhuma sociedade, seja ela qual for, não parece ter de fato como adquirida uma identidade substancial: elas dividem a identidade em uma multiplicidade de elementos que, para cada cultura de formas diferentes, a síntese sempre se mostra problemática.

26 Idem, p. 262.

27 CELES, Luiz Augusto M.; SANTOS, Ana Caroline Galli dos; ALVES, Karen Cristina Martins. Teoria das relações de objeto em Freud e Fairbairn. **Revista Mal-Estar e Subjetividades**, Fortaleza, v.6, n.2, 2006.

28 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 263, 265 e 266.

29 BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade: A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010, p. 90.

E, aqui, encontra-se possível gênese da multiplicidade dos indivíduos, para cada cultura há um momento histórico que traz consigo parâmetros próprios de significação aos indivíduos que compõem tal cultura, o que neste sentido, frisa Sherry Turkle³⁰:

Cada era constrói as suas próprias metáforas, tendo em vista o bem-estar psicológico do indivíduo. Há não muito tempo, a estabilidade era socialmente valorizada e culturalmente reforçada. Papeis rígidos atribuídos a cada um dos sexos, trabalho repetitivo, o desejo de ter o mesmo tipo de emprego ou permanecer na mesma cidade ao longo de toda a vida, tudo isto fazia da consistência um elemento central nas definições de saúde. No entanto, estes mundos sociais estáveis entraram em colapso. Nos nossos dias, a saúde é descrita em termos de fluidez, mais do que estabilidade. O que conta é a capacidade de mudar e adaptar-se – a novos empregos, novas perspectivas de carreira, novos papeis atribuídos a cada um dos sexos, novas tecnologias. (...) Embora no início as pessoas possam se sentir angustiadas ante aquilo que entendem como um colapso da identidade, Gergen acredita que elas poderão vir a abraçar as novas possibilidades que se lhes oferecem. As noções individuais de eu desaparecem, dando lugar ao “primado das relações”. Deixamos de acreditar num eu independente da teia de relações na qual estamos mergulhados.

O desenvolvimento da democracia e do Estado Democrático de Direito, depende diretamente deste “primado das relações” e de uma visão individual inserida na teia de relações dependentes e independentes do meio social em que estamos inseridos, o qual seja a vida em sociedade e em sociedade da informação, cujas relações são exponencialmente expandidas pela internet e as redes sociais baseadas nas trocas de informação e dados decorrentes. E, aqui, devemos distinguir se esta multiplicidade é aparente ou latente. Discorre Sherry Turkle sobre a matéria dizendo que “a profusão de manifestações de multiplicidade na nossa cultura, incluindo a adoção de personalidades online, está a contribuir para uma revisão generalizada das noções unitárias, tradicionais, de identidade³¹”. O que por si só, não constitui desafio desfavorável ao Estado Democrático de Direito. Isto é, utilizando-se da analogia de uma luta de artes marciais, o desafiante vencido constitui a transposição de um obstáculo para o crescimento de igual forma como o desafiante não vencido, que propicia maior reflexão e crescimento, se não mais, consistente e analisado. Isto porque, como diz a autora³²:

Hoje em dia, todos nós sonhamos sonhos de cyborgs (...), para Gibson, o jogador de vídeo-game já se fundiu com o computador. O jogador de vídeo-game já é um cyborg, ideia que Gibson incorporou numa mitologia pós-moderna. Ao longo da última década, tais mitologias têm vindo a reformular a nossa percepção da identidade coletiva (...). E, contudo, a noção de realidade contra-ataca. Os indivíduos que vivem vidas paralelas no ecrã não deixam por isso de estar limitados pelos seus desejos, pela dor e pela mortalidade de sua pessoa física.

A escolha por defender a multiplicidade frente ao individualismo e a coletividade frente ao egoísmo, quer seja virtual ou real, no pluralismo, prestigia a diversidade (inclusive a de identidades) e dita premente paradigma ético-moral para desenvolvimento de uma sociedade democrática, neste sentido e com uma advertência, Sherry Turkle diz³³:

30 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 381, 384 e 385.

31 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 389.

32 Idem, p. 395, 396 e 400.

33 Idem, p. 401.

A adoção de pontos de vista múltiplos suscita um novo discurso moral. Eu tenho afirmado que a cultura da simulação pode ajudar-nos a alcançar uma visão duma identidade múltipla mas integrada, cuja flexibilidade, elasticidade e capacidade de alegrar-se advém do fato de ter acesso às muitas personalidades que nos constituem. Todavia, se entretanto nos tivermos divorciado da realidade, ficaremos claramente a perder.

Nesta senda e, para não divorciar-se da realidade, é necessário discorrer a respeito do que se entende por Democrático dentro de um Estado de Direito. Segundo Pierre de Rosanvallon³⁴, o vocabulário político utilizado para compreensão, ou conceituação, da democracia, perdurou inalteradamente até a década de 1980 centrada em questões tais como a representação, as eleições, as instituições e a burocracia de seu funcionamento, ou seja, fixando-se na forma da democracia implantada, seu atores e conseqüências institucionais.

Portanto, na opinião do autor supracitado, pouquíssimas inovações teóricas foram propostas para aprofundamento da conceituação e compreensão dos princípios basilares do que é democrático, isto é, seus valores iniciais nas interações entre conceitos e acontecimentos, teoria e marcos históricos. Compreender o *modus operandi* de como a democracia é experimentada e vivenciada em nossos agrupamentos sociais e sistemas políticos, num contexto de mudanças econômicas, comportamentais, sociais, políticas e culturais da sociedade “pós-moderna”, é o caminho para sua efetivação, legitimidade e desenvolvimento. Assim como a identidade, aliando-se aos pensamentos de Mariah Cassete³⁵, a democracia não é um modelo político estanque, imutável, impassível ou impossível de alteração ao longo do tempo, pelo contrário, a democracia se mostra como um tipo de regime político que incessantemente resiste às sínteses, generalizações ou demarcações definitivas.

Para tanto, um agrupamento social só não cairá no despotismo da maioria e na usurpação das minorias se sua democracia depender da pluralidade de ideias advinda da multiplicidade de indivíduos, dos quais todo governo ou liderança recebe sua legitimidade, neste sentido³⁶:

A história do ocidente, desde o tempo da fragmentação da Europa em Estados soberanos, mostra-nos um avanço quase ininterrupto do crescimento do poder governamental. O único jeito de falhar em ver isto consiste em prestar atenção à forma que o poder toma: uma visão de pura fantasia então se forma, na qual monarcas aparecem como senhores cujos desígnios não encontram limites, os quais serão sucedidos por governos representativos cujos recursos são proporcionais à sua autoridade, até que no final

34 ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, reflexivité, proximité**. Seuil: Les Livres du Nouveau Monde, 2008, p. 4-5.

35 CASSÊTE, Mariah. **Democracia como Pluralidade: Três Interpretações Conceituais**. In *Anais III Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política – UFPR*, Curitiba, 2013, p. 2.

36 Tradução livre de “The history of the West, from the time of Europe’s fragmentation into sovereign states, shows us an almost uninterrupted advance in the growth of governmental Power. The only way of failing to see it is to fix exclusive attention on the forms which Power takes: a picture of pure fantasy is then formed, in which monarchs appear as masters to whose exactions there are no bounds, to be succeeded by representative governments whose resources are proportionate to their authority, until in the end democracy succeeds and receives from a consenting people only what it chooses to give to a Power which is its servant.” em JOUVENEL, Bertrand de. *On power. Its nature and the history of its growth*. Boston: Beacon Press, 1962, p.127.

sobrevenha e triunfe a democracia, que recebe da população em consenso somente aquilo que ela escolhe dar a um Poder que é seu servo.

E como servo da população, o Poder deve se submeter às potencialidades dos indivíduos e suas multiplicidades e diversidades, ditando assim o real desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois segundo Francisco Fonseca³⁷, a pluralidade de ideias decorrente da liberdade de expressão inerente a qualquer indivíduo constitui pressuposto da democracia, pois “tanto a teoria política acerca da democracia quanto a dinâmica dos regimes democráticos têm como pressuposto ser a ‘liberdade de expressão’ um elemento crucial à ideia democrática – cujos desdobramentos são a pluralidade de opiniões e a responsabilização de sua emissão”. Com isto, devemos atentar ao alerta de Sherry Turkle³⁸:

Alguns de nós sentem-se tentados a encarar a vida no ciberespaço como algo de insignificante, uma fuga à realidade ou uma diversão sem grandes implicações. Estão enganados. As nossas experiências no reino do virtual são uma coisa séria. Subestimá-las é correr sérios riscos. Devemos compreender a dinâmica das experiências virtuais para antever quem poderá estar em perigo, bem como para utilizar essas experiências de forma mais útil.

Pois, maior utilidade não há a não ser à consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que no pluralismo, prestigie a diversidade (inclusive a de identidades) quer seja ela desenvolvida *online* ou *offline*, buscando a igualdade, liberdade e fraternidade ao entender que o ser humano e todos os desdobramentos de seu conhecimento devem convergir à conclusão de que estamos em constante e instável desenvolvimento e que é impossível sintetizar a multiplicidade (latente ou aparente) de elementos que constituem nosso ideário de “sociedade”, “cultura” e “identidade”, em coisas estanques e fixas, mas que o equilibrado e solidário caminho seria o da coexistência dos diversos entendimentos e desdobramentos de cultura, sociedade e identidade.

5 | CONCLUSÃO

Conclui-se que a passagem do sujeito cartesiano para o sujeito sociológico, encontrou seu ápice na sociedade “pós-moderna” e no desenvolvimento dos perfis digitais e de sua multiplicidade de identidades. Isto é, o sujeito agente da história, coeso, plano, universal e genérico abriu espaço para o desenvolvimento do sujeito disforme, desconstrutivo, descentrado, altamente influenciado pelo consumo e pela sociedade da informação, fruto da globalização e das economias de mercado, como nos disse Marco Antônio Barbosa. As identidade e os perfis digitais na concepção “pós-moderna” evidenciam portanto a prevalência do sujeito individualizado sobre os demais na rede, mas diretamente moldado, feito folha no vento, pelos ditames do agrupamento social em que esteja inserido.

37 FONSECA, Francisco C. P. **Mídia e Democracia: Falsas Confluências**. Disponível em http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/fonseca_-_midia_e_democracia_falsas_confluencias.pdf, acesso em 09 de setembro de 2017.

38 TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 402.

Isto porque, o mundo dito tecnológico ou imaterial da sociedade da informação, é vivido e realizado por aqueles indivíduos que vivem no mundo físico e palpável. As transformações vividas tanto no mundo *online* como no mundo *offline* produzem conseqüentes comportamentais e culturais em sociedade. A interface das janelas, customizáveis, arrastáveis e passíveis de aumento ou redução evidenciam a vontade e desdobramento da identidade como algo também maleável e vívido na vida em sociedade, como vimos em Sherry Turkle e Steven Johnson, que é desenvolvida em inúmeras plataformas. O sujeito se mostra mais sério e comedido nas redes sociais que compartilham currículos e vagas profissionais, da mesma forma como se mostra mais despojado e sem máscaras nas redes sociais que dividem fotos, vídeos e pensamentos do cotidiano.

O que paradoxalmente encontra abrigo na consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, uma vez que possibilita a pluralidade de ideias e indivíduos, pressuposto de existência de uma democracia viva e mutável, acompanhante, como deve ser, das mudanças sociais e culturais da sociedade que rege e de quem legitima seu poder, como nos disse Rosanvallon e Francisco Fonseca. Mas tal correlação não é de toda automática, cada indivíduo e agrupamento social deve ter em mente que o ser humano e todos os desdobramentos de seu conhecimento devem convergir à conclusão de que estamos em constante e instável desenvolvimento e que é impossível sintetizar a multiplicidade de elementos que constituem nosso ideário de “sociedade”, “cultura” e “identidade”, em coisas estanques e fixas.

A resposta para o questionamento de que as múltiplas identidades e perfis digitais são um desafio favorável ou desfavorável para o Estado Democrático de Direito não pode ser de igual modo estanque ou dogmática. Seja qual for a opção, pelo olhar favorável ou desfavorável, a conseqüência comum será o desenvolvimento e crescimento de um agrupamento social mais igualitário e fraterno, como na analogia das artes marciais já citada, o desafiante vencido constitui a transposição de um obstáculo para o crescimento de igual forma como o desafiante não vencido, que propicia maior reflexão e crescimento, se não mais, consistente e analisado para o treino presente e para futuras vitórias.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antonio. Pós-Modernidade: A Identidade – Real ou Virtual? **Revista Direitos Culturais**, Rio Grande do Sul, v.5: páginas 72-92, 2010.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados Pessoais na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto; DE LIMA; Cintia Rosa Pereira. (Org.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v. 2, p. 100-127.

BAUMANN, Renato (org). **Uma visão econômica da globalização**. In: O Brasil e a economia global. Rio de Janeiro: SOBEET: Campus: 1996.

CASSÉTE, Mariah. **Democracia como Pluralidade: Três Interpretações Conceituais**. In *Anais III Fórum Brasileiro de Pós-Graduação em Ciência Política – UFPR*, Curitiba, 2013.

CELES, Luiz Augusto M.; SANTOS, Ana Caroline Galli dos; ALVES, Karen Cristina Martins. Teoria das relações de objeto em Freud e Fairbairn. **Revista Mal-Estar e Subjetividades**, Fortaleza, v.6, n.2, 2006.

COOPER, G., GREEN, N., MURTAGH, G.M., HARPER, R., **Mobile Society? Technology, distance, and presence.**, in WOOLGAR, S., *Virtual Society*. Oxford, Oxford Press, 2002.

FONSECA, Francisco C. P. **Mídia e Democracia: Falsas Confluências**. Disponível em http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/fonseca_-_midia_e_democracia_falsas_confluencias.pdf , acesso em 09 de setembro de 2017.

IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JOHNSON, Steven. **Cultura da interface: como o computador transforma nossa maneira de criar e comunicar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

JOUVENEL, Bertrand de. *On power. Its nature and the history of its growth*. Boston: Beacon Press, 1962.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Globalização e crime**. In: *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSANVALLON, Pierre. **La légitimité démocratique: Impartialité, réflexivité, proximité**. Seuil: Les Livres du Nouveau Monde, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2011.

TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TURKLE, Sherry. **A vida no ecrã: a identidade na era da internet**. Lisboa: Relógio D'água, 1997.

WULF, Christoph. "Globalização universalizante ou diferenciada?". In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (org). **Globalização para quem?** Uma discussão sobre os rumos da globalização. Trad.: Joana Angélica D'Avila Melo, São Paulo: ed. Futura, 2004.

PERSPECTIVAS E APLICABILIDADES DO *HABEAS DATA* NA INTERNET

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 07/07/2020

Caio Graco Brasileiro

<http://lattes.cnpq.br/6919021010544156>

Anna Christina Freire Barbosa

Universidade do Estado da Bahia

Juazeiro - Bahia

<http://lattes.cnpq.br/2380258918998637>

RESUMO: O presente artigo trata do instituto do *Habeas Data*, e, para tanto, analisa o contexto de seu surgimento e atribuições a ele reservadas por lei. Discute a questão da efetividade do referido instituto enquanto remédio constitucional na defesa da privacidade e de dados pessoais dos impetrantes. Aponta as eventuais falhas e deficiências das leis que o regulam, bem como quais as perspectivas para o seu emprego. No aspecto metodológico utiliza-se da pesquisa bibliográfica, assim como da legislação e doutrina pertinentes de forma que se possa dar ao instituto novas perspectivas de cabimento e validade.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas Data*; Internet; Constituição; Direito Constitucional.

PERSPECTIVES AND SUITABILITY OF *HABEAS DATA* ON THE INTERNET

ABSTRACT: This article deals with the *Habeas Data* Institute, and thereunto part of the context of its development and goes through the attributions reserved by law. It analyzes the question of the effectiveness of this institute and defenses of privacy and the personal data of the impetrates. It points out the possible shortcomings and deficiencies of the laws that regulate it, as well as the prospects for its application. It intends, therefore, to be a propositional article. In the methodological aspect, bibliographical research on the subject was used, as well as in legislation and doctrine in a way that could be able to develop new perspectives of direction and validity.

KEYWORDS: *Habeas Data*; Internet; Constitution; Constitutional Law.

1 | INTRODUÇÃO

O consumo de massa da internet, hoje existente a nível global, já chega a mais da metade da população mundial, conforme aponta o último relatório *Digital in 2018*, divulgado pelos serviços online *Hootsuite* e

*We Are Social*¹. De acordo com os dados disponibilizados, são mais de 4 bilhões de pessoas conectadas à rede, que representam 53% de todas as pessoas do planeta. Já as redes sociais são utilizadas por cerca de 3,2 bilhões de pessoas (42% de todo o mundo); neste cenário o Brasil é o terceiro país com maior média de tempo de conexão: são aproximadamente 9h14 todos os dias.

O uso da rede, que está atrelado ao de praticamente qualquer aparelho eletrônico, tem levado ao fluxo e transmissão de dados em grandes proporções. Se caracteriza pela agilidade, variedade e acessibilidade, de modo que as informações podem ser retransmitidas e utilizadas por qualquer um, porém a destinação e armazenamento desses dados não tem paradeiro conhecido.

Ao se observar o panorama legal sobre o tema, o Brasil é um pioneiro no direito comparado, pois logrou a aprovação da Lei 12.965/14, conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet. Esta lei determinou, pela primeira vez, em território brasileiro os conceitos de usuário e de dados, bem como sob quais princípios jurídicos a internet e o seu uso devem ser feitos.

Assim, uma vez que tais prescrições normativas são válidas tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, disciplina-se as responsabilidades e implicações jurídicas que o manuseio e obtenção dos dados pessoais dos usuários da rede e de seus serviços podem acarretar.

Dado esse contexto é relevante considerar o instituto jurídico denominado *Habeas Data*, remédio constitucional preconizado pela Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 9507/97. Insta então considerar que o referido instituto foi criado pelo legislador após o período de exceção compreendido entre 1964 – 1985 para utilização na fiscalização e averiguação dos dados e informações que porventura tivessem sido levantadas sobre eventuais opositores ao governo e que, uma vez coletados, foram instrumentalizados para a viabilização da repressão política aos dissidentes do período.

O objetivo deste artigo, portanto, é de delinear um panorama geral, bem como colocar em perspectiva os atuais desafios que o *Habeas Data* terá de enfrentar diante de novas formas de gerenciamento e armazenamento de informações e, finalmente, apontar de que forma se relaciona com as transformações geradas pela internet.

Além da presente introdução o trabalho foi organizado como segue: a segunda seção trata da definição do *Habeas Data*, suas origens e trâmites processuais; a seção seguinte faz uma breve abordagem acerca da caracterização da funcionalidade e limites jurídicos frente aos problemas da privacidade em função da internet; a quarta seção versa sobre o regramento legal da internet, em especial a origem e função do Marco Civil; a quinta seção se debruça a respeito de como o *Habeas Data* se insere na era da informação; por fim, são feitas as considerações conclusivas.

1 KEMP, Simon in “Digital in 2018: World’s internet users pass the 4 billion mark”. Disponível em: <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>, 2018. Acesso em: 06 jul. 2020.

2 | HABEAS DATA: SUAS ORIGENS

Disciplinado a partir da Lei 9507/97, o *Habeas Data* está inserido no rol dos chamados remédios constitucionais, ou seja, ações que incidem diretamente em razão da atitude arbitrária do Estado, uma vez que visam a preservação de direito e/ou garantia constitucional que porventura esteja a ser violada pelo poder público.

O instituto nasceu com o fim do chamado do regime militar, adotado pelo Estado brasileiro de 1964 a 1985. Com a erosão do governo constituído e o surgimento da Constituição de 1988, verificou-se a necessidade de se criar um instituto que permitisse assegurar amparo jurisdicional aos que se sentissem vítimas do regime e da sua comunidade de informações, o chamado Serviço Nacional de Informações (SNI) (SIQUEIRA JR, 2012, p. 399).

Conforme argumenta Segatto (1999) o *Habeas Data* foi uma inovação no campo dos direitos da personalidade, já que a intimidade é seara do direito privado, campo no qual o acesso deve ser de caráter exclusivo da pessoa, portanto, de caráter personalíssimo, aspecto até aquele momento não protegido por regramento jurídico.

Assim, o legislador buscou gerar meios factíveis de oferecer tutela jurisdicional a ser aplicada em favor dos cidadãos investigados pelo Estado, isto é, elaborou-se um instrumento na forma de uma ação processual com o fito de permitir que eventuais informações coletadas não pudessem ser distorcidas, adulteradas ou, ainda, que pudessem ser retificadas, alteradas ou mesmo impedir que, em caso de serem eventualmente íntimas, fossem veiculadas de modo a prejudicar o paciente que recorresse ao instituto.

A formação e a aplicação deste *writ* constitucional está marcada pela tutela dos dados individuais do impetrante. O instituto do *Habeas Data*, como anteriormente mencionado, será concedido nos termos do art. 7º da Lei 9507/97, que preconiza:

I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II – para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável (BRASIL, 1997)

Inicialmente não é previsto no texto legal a impetração do instituto pelo uso da ação judicial. Há então que se considerar que o *Habeas Data* originariamente se encontra relacionado aos bancos de dados de repartições públicas e aos dados por elas coletados em relação ao paciente.

No que tange a essas informações a serem retificadas, modificadas ou editadas contidas em repartições públicas, deverá o impetrante primeiro recorrer às vias

administrativas primeiro, de maneira que, só depois de esgotada essa possibilidade, desde que negada, é que toma esta primeira investida como prova pré-constituída para impetração da ação judicial.

Conforme se verá a seguir, inúmeras situações tornam imperiosa a modificação deste dispositivo legal, sendo elas essencialmente duas: a 'hipossuficiência' probatória do impetrante do instituto e a necessidade de ampliação de seu cabimento. Desponta então que o instituto trata da tutela do direito à informação pessoal nos casos constitucionais e infraconstitucionais assentados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

2.1 Trâmites e procedimentos processuais

O procedimento do *Habeas Data* guarda ligação com o *Habeas Corpus* e com o mandado de segurança, compartilha com ambos a natureza de ação que visa à prestação de tutela jurisdicional mandamental, e segue, portanto, procedimento abreviado estruturado a partir da cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

A condição da impetração fica a depender da produção de prova pré-constituída, a contar também a instrução de recusa da via administrativa, para só então existir a possibilidade de alternativa à impetração da ação. Veja-se então que os autores também apontam que a parte legítima para ser paciente no momento da impetração deste remédio constitucional pode ser tanto pessoa física ou jurídica, seja ela nacional ou estrangeira.

Apesar do tema a que se propôs a atender, disposição concernente ao jurisdicionado que ao instituto necessite recorrer, o *Habeas Data* não se mostra de todo adequado aos tempos atuais.

Criado para atender quem porventura tenha sido vítima de um governo inconstitucional, que tenha sido vítima de espionagem ou o uso indevido de suas informações pessoais, o instituto só prevê em sua lei reguladora unicamente a ação de coleta e armazenamento de informações feitas por agentes de direito público. Nota-se, então, que se trata de informações destinadas aos bancos de dados de órgãos públicos.

Porém, ao se tratar da internet, tanto quanto de sua instrumentalidade para esse fim, poderá perceber que a Lei 9507/97 está defasada frente aos desafios atuais. O texto parece oferecer pouca ou nenhuma resposta e eficácia aos seus usuários. Vejamos a seguir as eventuais soluções que o instituto pode adotar para superar suas deficiências.

3 | HABEAS DATA E A INTERNET: PONTOS DE INTERSEÇÃO E DESAFIOS

De acordo com o art. 5º, I da Lei 12.965/2014, denomina-se internet o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais

por meio de diferentes redes.

Surgida no contexto da guerra fria, a internet foi concebida inicialmente com um meio de conexão e interligação dos sistemas de computadores do departamento de defesa dos Estados Unidos, de forma que todos os computadores simultaneamente pudessem compartilhar todas as informações existentes entre si. Visava promover uma maneira para que desenvolvessem melhor e de forma colaborativa na criação de novas tecnologias (CASTELLS, 2003).

De acordo com o que coloca o norte-americano Leonardo Scudere (2015), especialista em segurança em meios eletrônicos e digitais, o desenvolvimento da internet ocorreu em três diferentes fases. A primeira, compreendida entre os anos 1980 a 1990, marcada pelo próprio nascimento e conceito de rede disponível para consumo e a sociedade civil, com conteúdo informativos, a adesão dos meios de comunicação a produção de conteúdo e a presença de intermediários para a publicação da parte dos consumidores desse serviço.

Em um segundo momento entre a segunda metade dos anos 1990 até a primeira década de 2000, há uma guinada: os usuários passaram a se tornar cada vez mais proativos na formação de conteúdo e comunicação; do que decorre a fase contemporânea, iniciada desde a década de 2010. Note-se que desponta a participação cada vez maior do usuário no aprimoramento da rede, e também no que toca à ampliação das suas potencialidades, o que permite ao usuário cada vez mais agregar valor ao conteúdo que produz e compartilha na rede. Além disso, passam a surgir os algoritmos de busca e orientação destinados ao consumo de produtos de atacado e varejo (livros, comida, acessórios esportivos, etc) (SCUDERE, 2015, p. 02-04).

Algumas considerações devem ser feitas sobre como a internet funciona e o que se pode concluir e correlacionar com o *Habeas Data*. Sendo um instituto processual inserido em cenário de afirmação de um estado democrático de direito, há um fato público e de conhecimento entre toda a comunidade jurídica: a ineficiência da máquina judiciária na apreciação de todos os casos que estejam sob sua tutela. Não raro sendo atribuída essa ineficiência ao próprio Judiciário, ao qual se atribui a culpa à sua costumeira letargia, fruto de um eventual excesso de ações.

3.1 A pertinência do *habeas data* na era da informação

Em primeiro lugar, o instituto faz-se relevante no debate da privacidade pois é o único instrumento que a doutrina constitucional brasileira possui para tratar da temática da privacidade e da destinação que os dados pessoais dos usuários possam ter.

O *Habeas Data* em seu sentido original, assim como o contexto que lhe deu nascimento e justificativa para sua existência, já não encontra exatamente pertinência nos dias de hoje. O texto que lhe regulamenta foi destinado a tentar corrigir e reparar vítimas de um período de exceção.

Passado aquele momento da história, o instituto manteve-se se parado no tempo,

já que não houve outro projeto de lei visando modificar ou realizar qualquer reforma na lei reguladora para permitir a sua impetração. A noção de informações, bancos de dados públicos e armazenamento de informações já estão em um ritmo e contexto histórico, tecnológico e jurídico muito diferente do preconização pelo instituto do *Habeas Data* delineado na Constituição de 1988 ou por sua lei reguladora de 1997.

Apesar dos contornos da lei reguladora ainda estarem situados em um contexto de florescimento das liberdades individuais e da restauração do estado legal, o cabimento da lei pode estar um tanto anacrônico quando nota-se que a utilização dos dados pessoais coletados dos usuários da rede já não só apropriados por organizações e entidades, vão muito além do conceito de direito público e, portanto, cada vez mais distantes do contexto que justificou o surgimento do instituto e da Lei 9.507/93.

Além do mais há uma correlação entre as grandes companhias de telefonia e de internet, em geral para com os departamentos de Estado, sendo mais notório o caso americano (*vide* as denúncias de Edward Snowden), e nisso há uma total perda do sentido do público e do privado entre as informações que são inconstitucionalmente levantadas e que poderão ser destinadas a um uso antidemocrático e inconstitucional, ou ainda a uma eventual discricionariedade ignorada.

Assim uma pessoa jurídica de direito privado pode realizar de forma terceirizada o que inconstitucional o Estado faria ao desconsiderar a soberania dos princípios constitucionais referentes a privacidade no direito pátrio. Isso ocorre à medida em que os acordos para a prestação destes serviços são feitos pessoalmente por cada usuário, que termina por subscrever os termos apresentados no contrato, e inconscientemente, entrega sua privacidade e compromete a qualidade de seu uso.

O *Habeas Data*, portanto, na maneira como está colocado, demonstra uma defasagem e uma inadequação para os dias atuais, e a própria noção de intimidade, privacidade e espaço público possam ter hoje pelo advento da internet, é imperioso ser iniciada uma rediscussão desses conceitos.

Partindo dessas premissas é de observar-se como fica o panorama do impetrante, o qual não pode recorrer a seu direito na busca da manutenção daquilo que lhe é seu (no caso, sua privacidade e seus dados pessoais), pois não tem como recorrer a qualquer outro meio, já que terá que se sujeitar a espera demasiada, ocasionada pelo alegado acúmulo de ações que levariam a sobrecarga da máquina judiciária.

Mas que eficácia poderá o instituto apresentar se continuamente for alegado o suposto excesso de demanda processual? Ele é, antes de qualquer outra coisa, um remédio constitucional, e como tal, deve ficar sempre à mão do jurisdicionado em situações que justifiquem urgência na celeridade da sua apreciação e na configuração de ilegalidade praticada pelo poder público.

A mera exposição do fato iminente da necessidade de fiscalização de seus dados pessoais, estando o paciente na condição de um simples indivíduo a recorrer ao único

instrumento que dispõe diante da manutenção da privacidade de seus dados são condições mais que suficientes para que, na negativa das vias administrativas, ou ainda na presunção das mesma pela demora da prestação do serviço na investigação do particular, que se possa dispensar o paciente dessas provas quando for recorrer por meio da via judicial.

Há que se considerar que o instituto aqui tratado tem origem em um contexto social e político para ser utilizado como instrumento de correção e prevalência das garantias e princípios fundamentais pós estado de exceção existentes na América Latina. Portanto restrito aos órgãos de segurança de uma nação e a sujeitos de direito público.

A situação, sob o ponto de vista do direito, está clara: sejam os órgãos de inteligência de polícia, seja o serviço secreto brasileiro ou qualquer outra repartição que esteja lidar com dados pessoais (nome, histórico criminal, conta bancária, ligações telefônicas, etc) estão todos subordinados às leis específicas que lhe determinam possibilidades, escopos, finalidades. Devem ser transparentes o que se deve ou não fazer com os dados coletados; bem como o que fazer após esta finalidade ser observada. Entretanto, o panorama atual não oferece tanta previsibilidade assim.

Em relação à internet, o uso e a integração podem ser vistos em ritmo cada vez mais crescente, com uma interligação de qualquer usuário em qualquer lugar do mundo, a qualquer momento. Tornam-se essenciais os serviços de provedores de rede, que são empresas como quaisquer outras, e como tal realizam atividades produtivas organizadas no intuito do aferimento de lucro. Seu principal produto tem sido única e exclusivamente os dados e informações que os usuários estão a inserir, sejam sobre si, sejam sobre terceiros.

Mas observe-se que não é apenas isso: estamos a presenciar o surgimento de sujeitos de direito privado que, sendo lotados e tendo como sede os seus respectivos países, estão naturalmente sujeitos a jurisdições diversas. Entretanto, para se expandir no seu ramo de atividade, estão a coletar os dados de todos aqueles usuários que estão em território brasileiro, acessando seus dados e informações dos mais diversos assuntos referentes inclusive à sua intimidade, os quais estão sendo armazenados em local e com finalidade ignoradas.

Portanto são pessoas jurídicas de direito privado que estão em posição potencial de vir a descumprir os mais diversos princípios constitucionais que dizem respeito a intimidade e privacidade de todo e qualquer cidadão do mundo, atropelando qualquer constituição ou jurisdição.

Isto posto, a mera delimitação de acesso a bancos públicos de dados para que seja feita a conferência, retificação, edição de dados pessoais torna-se inócua diante um de panorama jurídico intrincado onde há total poder, pouco controle e nenhuma legislação que trate a respeito.

O surgimento do Marco Civil da Internet no Brasil, entretanto, cria uma perspectiva que se mostra pioneira e se constitui em um ponto de partida no debate a estas questões.

A correlação entre a internet e o marco civil da internet, bem como a inserção do *Habeas Data* é muito mais relevante do que aparenta e que se faz necessária ter essa aproximação. É o que veremos no tópico a seguir.

4 | MARCO CIVIL DA INTERNET

O contexto de surgimento da Lei 12.965/14 está relacionado com as denúncias feitas pelo norte-americano Edward Snowden², que, tendo desertado da agência de inteligência a qual fazia parte, a Agência Nacional da Segurança, ou *National Security Agency* (NSA), denunciou publicamente perante a comunidade internacional a utilização da internet como instrumento de controle, monitoramento e levantamento de informação pelo governo norte-americano para obter informações suficientes para serem instrumentalizadas em nome de seus interesses geopolíticos (O GLOBO, 2013).

Mais conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet, é a legislação que hoje determina e disciplina os parâmetros de uso da internet, com jurisdição em todo o território nacional, sancionada durante o mandato da ex-presidente Dilma Rousseff. A então presidente foi a público junto à Organização das Nações Unidas (ONU) condenar a espionagem e alegou que estas ações estariam a afetar a soberania do Brasil (PASSARINHO, 2013).

A Lei do Marco Civil da Internet impôs diretrizes e princípios aos quais devem seguir todos os usuários, bem como os prestadores de serviço de internet em todo o território nacional. Dois são os princípios a serem levados em conta na garantia da proteção das informações dos usuários no Brasil: a privacidade da rede e a neutralidade.

O Art. 3º da lei supracitada, nos incisos II, III e IV estabelece que o uso da internet no Brasil será regido pela proteção à privacidade, proteção aos dados pessoais e preservação e garantia da neutralidade. Por consequência toda empresa e companhia que se proponha a oferecer seus serviços no uso da internet passou a se reportar às leis e a jurisdição brasileira, bem como toda e qualquer operação cibernética gerada no território nacional.

De acordo com a Seção III da lei, que se refere aos registros, dados pessoais e comunicações privadas, no Art. 11. afirma que:

Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações de provedores de conexão nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas dos registros.

Entretanto, será realmente que apenas a criação da lei e o trâmite legislativo são o suficiente para que isto se faça cumprir? Antes de mais nada é preciso ter em conta que o cidadão brasileiro é um ávido consumidor de redes sociais e de aplicativos de comunicação (AGÊNCIA BRASIL, 2017), chegando a passar um quarto de dia conectado

² Vide verbete “Edward Snowden (1983 - x), é um norte americano. Ex analista de sistemas e ex – contratado por uma companhia de telefones para, a serviço da NSA, participar do monitoramento de todo e qualquer tipo de informação levantada pela internet. Atualmente mora em local ignorado na Rússia, que lhe concedeu asilo político”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden>. Acesso em: 07 dez. 2018.

à rede, geralmente consumindo uma série de serviços, plataformas e aplicativos que são de procedência estrangeira.

Tais empresas terminam por impor contratos cujos termos de uso, foro jurisdicional e localização são dos países a que pertencem, o que as coloca, na prática, acima da jurisdição pátria em função dos termos condicionantes para adesão do cliente para utilização de seus serviços. As informações e dados são remetidos para a central de informações destas companhias e então enviadas para o exterior, local onde foram fundadas e criadas, e por consequência, submetidas às leis dos seus locais de origem.

Não adiantará apenas existir a positivação de princípios de neutralidade e privacidade se o fluxo de dados que existe do Brasil para o local sede de provedores e servidores também não estiver aqui também relacionado, ou pelo menos que exista uma sede local ou em cidades estratégicas do Brasil que possa ser o terminal intermediário entre o Brasil e as centrais e sedes de companhias como *facebook, twitter, instagram*, etc (SCUDERE, 2015, p. 42)³

Já em relação a neutralidade de rede, este princípio está previsto no inciso IV do Artigo 3º, bem como o art. 9º. Veja-se então que à medida que se concebe pelo Marco Civil se consolida a perspectiva de que todos os usuários são iguais em direitos e deveres no uso da internet, e que por conta disso não devem sofrer qualquer discriminação na transmissão dos pacotes de dados e de sinal, devendo isto ser feito de forma isonômica e igualitária.

O instrumento de fiscalização para isso está no parágrafo primeiro do artigo já mencionado, e, por sua vez, está a cargo do Comitê Gestor da Internet (CGI) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Ora, se o fornecimento desta tecnologia não é de origem nacional, se a prestação deste serviço depende de participação de empreendimentos da mesma condição e se a rede já é instrumentalizada para um fim que é essencialmente político e a mando de interesses por terceiros, evidentemente que este serviço prestado não se vale de neutralidade para ser concretizado e fornecido. A rede, portanto, já tem uma finalidade prévia e uma destinação para fins que podem estar comprometidos.

É, portanto, difícil esperar neutralidade diante de uma integração de computadores onde todas as grandes plataformas e todo o desenvolvimento desta tecnologia é de origem estrangeira. Nota-se então que esbarra a aplicação plena da neutralidade em fatores tecnológicos e políticos.

4.1 O problema da jurisdição

A Lei do Marco Civil tem o mérito de delimitar uma jurisdição no fluxo dos pulsos

³ Nesse ponto aponta-se que existe um mapa com um fluxo de todos os dados produzidos e distribuídos do Brasil e do mundo, no caso, quais as maiores fontes de produção de dados e fluxos eletromagnéticos do em toda a rede e as áreas onde mais se tem conexão à internet. Disponível em: <http://news.softpedia.com/news/Image/Internet-Shutdown-Postponed-by-Court-to-July-9-2012-2.png> (*apud* SCUDERE, 2015, p. 42).

eletromagnéticos que estão no território brasileiro e que fazem a transmissão de dados seja entre usuários, seja a conexão com a rede, a chamada *web*. Entretanto, sem possuir um ponto onde se possa armazenar estes dados terminais e centrais localizadas no Brasil, a lei existirá, mas não será efetiva no seu intuito.

A consequência que será repercutida nos usuários de internet no Brasil quando se percebe que o destino final dos dados pessoais de todos aqueles que consomem os serviços oferecidos por qualquer servidor, aplicativo ou rede social é ter seus dados em destinação ignorada, de forma que poderão ser utilizados cedo ou tarde para o fim que estes prestadores de serviço julgarem conveniente.

A existência do Marco Civil já é, felizmente, um primeiro grande passo e se constitui em um paradigma pioneiro sobre como a internet poderá vir a ser operacionalizada no território brasileiro, de forma que sua utilização e manuseio estejam de acordo com as normas e princípios constitucionais que estão vigentes em território nacional.

A Lei 12.965/14 é um ponto de partida fundamental para esse tema, pois pela primeira vez se propõe alguma delimitação no espaço cibernético pátrio de maneira voltada ao acesso à justiça e, portanto, à jurisdição. Assim, obviamente, só a partir de uma noção de territorialidade é que se pode exigir a ideia de cumprimento da lei e das prerrogativas que estas vêm a exigir para que este aquele ato jurídico se faça existir e que repercuta em consequências ao mundo do direito.

Desse modo o *Habeas Data* poderá obter maior efetividade à medida em que se determine, no tempo e no espaço do território brasileiro, um enquadramento legal na perspectiva sobre como a lei se fará disciplinadora da internet brasileira e sobre como e quais diretrizes poderá este serviço ser oferecido, não só nas relações entre brasileiros, mas também como empresas alienígenas se por acaso estiverem a oferecer seus serviços na instrumentalização da rede, sobre como poderão fazê-lo e sob quais condições e princípios.

Por mais que tenha nascido num contexto de urgência e surgido em razão de debate sobre a qualidade do serviço prestado e o respeito às prerrogativas constitucionais e fundamentais de qualquer sociedade democrática e mesmo de um Estado soberano, o Marco Civil demonstra ser genérico no momento em que deveria oferecer uma perspectiva de solução dos problemas a que se propôs o legislador resolver: a proteção dos dados pessoais de todos os usuários.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que já foi exposto é possível concluir a relevância que o *Habeas Data* possui, tendo em vista abarcar perspectivas muito além daquelas que a lei que lhe disciplina o rito e lhe institui o cabimento que tem a oferecer. Nascido a partir de um contexto

de restauração da legalidade e da autoridade dos poderes constituídos, o *Habeas Data* está alicerçado numa lei regulamentar própria e em princípios de cláusula pétrea da Constituição brasileira.

Entretanto, o instituto se depara com novos desafios em relação ao que se propôs inicialmente. Vê-se um claro problema a ser enfrentado, que deverá ser, antes de mais nada, a existência e o fortalecimento de uma jurisdição e uma autoridade cada vez maior do Brasil no fluxo de dados e informações que são produzidas pelos usuários e, por conseguinte, os consumidores de internet brasileiros.

Longe de ter qualquer traço de imparcialidade ou total autonomia, de ser mera obra do acaso ou de uma invenção ou descoberta de um cientista, a rede de computadores desde o nascedouro possui finalidades claras de servir a interesses políticos, geopolíticos e comerciais. Sempre esteve implícito o fato de ser um aglomerado de informações e dados a serem desaguados em finalidade ignorada, a ser instrumentalizados por grandes potências que farão o que for necessário para a garantia de hegemonia no globo.

Por outro lado, o Marco Civil da Internet foi instituído para disciplinar o seu uso, de maneira que seja operacionalizada adequadamente e se alinhe com os princípios constitucionais brasileiros, obrigando que os prestadores de serviço estejam em conformidade com as leis. Dessa maneira o configura como um importante instrumento para estar aliado ao *Habeas Data*.

Tais diplomas normativos deverão então caminhar juntos na efetivação das garantias prometidas na Constituição Federal de respeito à privacidade e intimidade prometidos pelo legislador na saída dos tempos de exceção que precedeu a atual Carta Magna, bem como devem adequar-se aos tempos da internet e das supertecnologias, de forma que tais institutos possam cumprir as atribuições dispostas em lei.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL in **Brasil é o 4º País em Número de Usuários da Internet**, Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.507.97, de 12 de novembro de 1997. **Regula o direito de acesso a informações e disciplina rito processual do Habeas Data**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9507.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 02 dez. 2018.

CASTELLS, Manoel. **A galáxia da Internet: Reflexões Sobre a Internet, Os Negócios e a Sociedade**. Trad. Maria Luíza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

KEMP, Simon in **Digital in 2018: World's Internet Users Pass the 4 Billion Mark**. Disponível em: <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>, 2018. Acesso em: 27/11/2018.

O GLOBO, **Entenda o Caso Edward Snowden**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

PASSARINHO, Nathalia. **Dilma Diz na ONU que Espionagem Fere Soberania e Direito Internacional**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/dilma-diz-na-onu-que-espionagem-fere-soberania-e-direito-internacional.html>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

SARLET, Ingo; MARIONINI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Editora, 5ª edição, 2016.

SCUDERE, Leonardo. **Risco Digital na Web 3.0**. Alta Books editora, 2015.

SEGATTO, Antônio Carlos. **O Instituto do Habeas Data**. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Editora, 2012.

WIKIPEDIA, **Verbete Edward Snowden**, 2018. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden>. Acesso em: 07 dez. 2018.

OS CAMINHOS PROTETIVOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS E O PAPEL DA ÉTICA NA INTERNET

Data de aceite: 03/08/2020

Osmar Fernando Gonçalves Barreto

Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP)

<http://lattes.cnpq.br/1063688454568879>

Ronny Max Machado

Centro Universitário das Faculdades

Metropolitanas Unidas (FMU-SP)

<http://lattes.cnpq.br/3526842654606450>

RESUMO: A análise do presente estudo se dará com o enfoque nos reflexos da Sociedade da Informação no âmbito dos dados pessoais. Pois, com a utilização disseminada de forma quase global dos computadores e outros dispositivos conectados a web (Internet das coisas), as pessoas obtiveram acessibilidade a uma gama incontável de conteúdos informativos, serviços e ferramentas para aquisição de bens de consumo. Contudo, ao mesmo tempo, os indivíduos se expuseram em um ambiente, que na maioria das vezes, não fornece um rol de mecanismos capazes de protegê-los em face às ameaças digitais externas (outros usuários) e internas (programas deletérios à Internet). Assim, alguns países passaram a adotar formas diversas de proteção de dados pessoais na rede mundial de computadores, entre elas: a autorregulação, a regulação

tradicional e a não regulação. Alguns Estados elaboraram normas legais para tal proteção (judicialização), enquanto outros se pautaram pela utilização da ética na Internet (internética). Desta forma, através de pesquisas realizadas sobre a doutrina, sites e trabalhos acadêmicos atinentes ao tema, chega-se a conclusão de que no Brasil existe a necessidade de um sistema protetivo de informações privadas na Internet. Por tais razões, o presente artigo tem por finalidade, singelamente, apontar alguns caminhos protetivos em prol dos usuários dos ambientes digitais.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade da Informação. Proteção de dados pessoais. Judicialização. Ética. Internet.

THE PROTECTIVE PATHS IN THE
INFORMATION SOCIETY: THE
JUDICIALIZATION OF PROTECTION OF
PERSONAL DATA AND THE ROLE OF THE
ETHICS IN THE INTERNET

ABSTRACT: The analysis of this study will be made with the focus on the reflexes of the Information Society in the context of personal data. Because, with the widespread use of an almost global way of computers and other

devices connected to the web (Internet of things), people obtained accessibility to a myriad range of informational content, services and tools for the acquisition of consumer goods. However, at the same time, individuals were exposed in an environment which, in most cases, does not provide a list of mechanisms to protect them in the face of the threats external digital (other users) and internal (deleterious programs to the internet). Thus, some countries began to adopt various forms of protection of personal data in the worldwide network of computers, among them: self-regulation, the traditional regulation and non-regulation. Some States drew up legal standards for such protection (judicialization), while others are guided by use of ethics in internet (internethic). In this way, through researches about the doctrine, sites and academic papers related to the theme, comes to the conclusion that in Brazil there is a need for a protective system of private information on the internet. For these reasons, this article, simply, aims to point to some protective paths for users of digital environments.

KEYWORDS: Information Society. Protection of personal data. Judicialization. Ethic. Internet.

1 | INTRODUÇÃO

O fenômeno Sociedade da Informação (SocInfo) expressa a potencialidade econômica da informação a partir da década de sessenta. A informação obteve reconhecimento de caráter monetário, uma vez que, possibilitou concomitantemente a criação de tecnologias e o crescimento financeiro dos países que as desenvolviam.

Em um cenário de conflito entre as potências Mundiais na chamada corrida armamentista durante o período que se convencionou denominar como Guerra Fria, o domínio da informação e da tecnologia na produção de armas, equipamentos, meios de transporte, entre outras determinou esta potencialidade da informação.

Os mecanismos de circulação da informação com o passar dos anos foram aprimoradas e se tornaram acessíveis para um maior número de pessoas em torno do globo, principalmente após a criação dos computadores pessoais no começo dos anos oitenta.

Aliás, com o surgimento de computadores portáteis, e das mais variadas marcas e modelos, os indivíduos obtiveram acessibilidade a um incontável número de conteúdos informativos, serviços e ferramentas para aquisição de bens de consumo.

No entanto, a acessibilidade trouxe consigo a superexposição dos indivíduos em um ambiente que não fornece mecanismos hábeis à proteção dos usuários da Internet. A busca por caminhos protetivos na Sociedade Informacional passou a ser constante, sendo que entre os mecanismos existentes, a judicialização da proteção dos dados na Internet é a que vem ganhando maior espaço e visibilidade. Outrossim, pensar o papel da ética na Internet, a denominada internética, também se torna uma ferramenta de proteção dos usuários das tecnologias da informação.

Por estes motivos, o presente artigo tem por objetivo apresentar o cenário da

Sociedade da Informação e os dilemas que afetam as pessoas na Internet com vazamento de dados e invasão da sua privacidade no ambiente digital, bem como a reflexão sobre a judicialização da tutela dos dados pessoais e como a ética se insere neste contexto.

Justifica-se a escolha temática em face de seu caráter vanguardista junto à realidade jurídico-fática do Brasil e no cenário e da sociedade atual que dialoga em redes. Ademais, observou-se durante a pesquisa o método indutivo, iniciando da análise empírica, normativa e doutrinária para o aprofundamento do estudo aqui proposto.

2 | SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E OS DADOS PESSOAIS NA INTERNET

A globalização econômica possibilitou o surgimento dos primeiros eventos no tocante a criação da tecnologia e, em razão disso, se molda a expressão Sociedade da Informação. Esta expressão surge, mais precisamente, no ano de 1969 em função do desenvolvimento da denominada *Arpanet (Advanced Research Projects Agency)*¹, nos Estados Unidos da América. Barreto Junior aponta que:

[...] as análises mais comuns, que antecederam Castells, restringiram o paradigma da globalização às mudanças econômicas em âmbito mundial quando, na realidade, as novas relações sociais, interpessoais e culturais, decorrentes da mundialização da economia, revolucionaram o capitalismo global e foram primordiais no surgimento do novo paradigma de sociedade.²

Assim, a Internet tornou-se uma realidade para boa parte da humanidade e seus efeitos podem ser observados na alteração do cotidiano de grande número de pessoas. Sem adentrar na “febre” dos *smartphones*, responsáveis pela inserção digital de milhares de pessoas, estimavam-se em 93 (noventa e três) milhões de usuários para 2010.³

Para se ter uma vaga noção, atualmente, a 27ª Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas empresas, encabeçada pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (divulgada em 15.04.2016)⁴, fez um levantamento de que o número de *smartphones* em uso no Brasil, para maio do mesmo ano, seria de 168 milhões, com uma projeção de 236 milhões em 2180.

Em um estudo acerca do que se constitui a ideia de Sociedade da Informação, Takeo Takashi contribui apresentando algumas características desse fenômeno:

1 PAESANI, Lílina Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

2 BARRETO JUNIOR. Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamentos de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: De LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto, LIMA; Cinthia Rosa Pereira de. (org). *Direito & Internet III*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, v.2, p. 100-127.

3 GOMES, Helton Simões: “Os números mostram que a população conectada cresceu, enquanto a de indivíduos “móveis” avançou em ritmo mais acelerado. Se em 2010, os internautas eram 82 milhões, em 2015, passaram a 117 milhões. Já o número de donos de smartphone pulou de 10 milhões para 93 milhões no mesmo período”. (Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/conexao-internet-smartphone-dobra-no-brasil-em-2015-diz-google.html>; acesso em: 10 de janeiro de 2018.

4 FOLHA. *Mercado*. 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1761310-numero-de-smartphones-em-uso-no-brasil-chega-a-168-milhoes-diz-estudo.shtml> >. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

A Sociedade da Informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.⁵

A expressão Sociedade da Informação passou a ser popularizada durante a década de 1980. Neste mesmo período começam as primeiras manifestações visando a implementação desta ideia por meio de práticas que tiveram seus primeiros movimentos no Centro Europeu de Investigação Nuclear, que possibilitou a inclusão digital e integração das pessoas através da Internet.

No Brasil a noção de SocInfo teve como evento propulsor no ano de 1997, a elaboração pelo Ministério da Ciência Tecnologia do chamado Livro Verde da Sociedade da Informação, cujas finalidades foram a implantação e facilitação de acesso à interação por meio virtual (inclusão digital) entre outras.

Ademais, o sentido da expressão Sociedade Informacional, segundo Takeo Takahashi, traz em seu bojo a possibilidade de seu estudo sob várias perspectivas. Esclarece o autor que:

O conceito de Sociedade da Informação surgiu nos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) sobre as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea. A definição de Sociedade da Informação deve ser considerada tomando diferentes perspectivas.⁶

Mesmo tendo um conteúdo sociológico, a expressão “Sociedade da Informação” tem seus reflexos na seara do Direito e, por conseguinte, na vida dos indivíduos. A globalização, a SocInfo e mundo jurídico se conectam em inúmeros pontos que podem ser analisados. Entre eles pode-se mencionar o surgimento das tecnologias computacionais, as práticas transmissoras de informação e o consumo, que serviram para análise do presente tema.

Assim sendo, traz-se passagem da obra de Boaventura Souza Santos que traduz a ideia apresentada a respeito da conexão destes pontos:

Trata-se de um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.⁷

5 TAKAHASHI, Takeo. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

6 TAKAHASHI, Takeo. *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 31.

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2011. p.12.

Através do desenvolvimento das estruturas tecnológicas, cada vez mais se aperfeiçoam os meios de comunicação, com destaque para a telefonia móvel, inclusive com uso da Internet, com fortes impactos no desenvolvimento tecnológico, conforme é ressaltado por Cooper, Green Murtagh e Harper:

[...] quando pensamos no impacto empírico do fenômeno dos celulares/aparelhos móveis na vida cotidiana, nós descobrimos que a sociologia e a filosofia contêm termos que parecem apropriados, mas que têm ou tiveram algumas conotações diferentes: por exemplo, mobilidade social, a problematização da distinção entre público/privado, a transformação estrutural da esfera pública, a metafísica da presença, o fonocentrismo, e, claro, a mobilidade imutável.⁸ (tradução livre)

Pois bem, um dos frutos destes avanços tecnológicos e das mudanças culturais é a questão da economia compartilhada que se transformou em modelo econômico, sendo possível organiza-la em três sistemas.

O primeiro relaciona-se ao uso, ou seja, as pessoas pagam pelo benefício gerado por um produto ou serviço, sem possuí-lo definitivamente (Sistema de Produtos e Serviços – SSP).⁹

O segundo sistema é o de redes sociais (físicas ou virtuais) que possibilitam a redistribuição de mercadorias e produtos usados. Assim, os objetos desnecessários em um lugar são direcionados a outro onde encontram utilidade (Sistema de Mercados de Redistribuição).¹⁰

Por fim, o terceiro sistema corresponde à junção de pessoas com interesse comum na troca de “ativos”, não tão tangíveis, como, por exemplo, a informação, o tempo, o espaço, as habilidades e o próprio dinheiro. Trocas que ocorrem em nível local e mundial na medida em que a Internet possibilita a coordenação, redução e transcendência dos limites físicos (Sistema de Estilos de Vida Colaborativos).¹¹

Os princípios e as premissas que cercam a economia colaborativa ou compartilhada podem ser resumidos em quatro pilares, quais sejam: (i) a disponibilização de recursos tangíveis ou intangíveis para o engajamento social; (ii) o da capacidade ociosa dos produtos ou dos serviços, subutilizados e com potencial de compartilhamento; (iii) o da crença no bem comum para os indivíduos; e (iv) o da confiança entre estranhos baseada na reputação dos envolvidos. Sobre o tema, Rachel Botsman e Roo Rogers anotam:

Agora, com a Internet, nós deixamos um rastro de reputação. Com cada vendedor que classificamos, com cada remetente de *spam* que marcamos, com cada comentário que deixamos, com cada ideia, comentário, vídeo ou foto que publicamos, com cada par que resenhamos, deixamos um registro acumulado de quão bem nós colaboramos e se nós podemos ser confiáveis.¹²

8 COOPER, Geoff, GREEN, Nicola, MURTAGH, Ged, HARPER, Richard, *Mobile Society? Technology, distance, and presence.*, in WOOLGAR, Steve, *Virtual Society*. Oxford, Oxford Press, 2002. p. 288

9 BOTSMAN, Rachel, ROGERS, Roo. *O Que É Meu É Seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 78-79.

10 BOTSMAN, Rachel, ROGERS, Roo. *O Que É Meu É Seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 100-101.

11 BOTSMAN, Rachel, ROGERS, Roo. *O Que É Meu É Seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 124-125.

12 BOTSMAN, Rachel, ROGERS, Roo. *O Que É Meu É Seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*.

Um aspecto relevante deste rastro digital são os dados pessoais que são deixados com ele e o uso que o governo dá para estas informações. Pois, nos Estados Unidos existem programas governamentais que desrespeitam a privacidade dos cidadãos com a alegação de proteção da segurança nacional. O que foi divulgado através do escândalo promovido pelos relatos de Edward Snowden, um ex-administrador da CIA (Agência Central de Inteligência) e um ex-contratado da NSA (Agência Nacional de Segurança), que tornou públicos detalhes de como vários programas que constituem o sistema de vigilância global da NSA americana invadem o ambiente privado das pessoas. Isto acontece, pois, o governo vê os cidadãos como uma simples *commodity*. Além do que ficou patente que empresas como o Google e o Facebook agem em conjunto com o governo norte americano, cedendo seus bancos de dados para as agências de vigilância deste país, inclusive com autorização presidencial para tal.

Assim, outro aspecto relevante destes rastros é que por se tratar do maior ativo da sociedade em rede, ou seja, a informação, tais dados são transformados em uma mercadoria e são monetizados por empresas que vendem dados para outras empresas que precisam formar uma carteira de clientes.

Contudo, ainda que os dados pessoais na Internet sejam de suma importância, tanto para as empresas, quanto para os usuários da rede, bem como para o próprio governo, não existe uma proteção efetiva destas informações no Brasil. Portanto, ao longo do estudo se analisarão meios que podem ser usados para proteção de tais dados.

3 | JUDICIALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS NA INTERNET

Pode-se enxergar a regulação da proteção dos dados em ambiente de Internet por duas óticas. A primeira é a visão jurídica, que vem do *enforcement* e deriva do Estado, do poder estatal e é feita através de agentes públicos e de instrumentos jurídicos que visam a defesa dos aludidos dados, é a chamada regulação tradicional. Os instrumentos são a legislação, licenças, códigos, normas e atos administrativos, que formam um arcabouço de ações jurídicas que visam estabelecer os parâmetros de condutas em um determinado espaço-tempo, que no caso é o ciberespaço e, por conseguinte, a defesa das informações dentro de tal ambiente.

A segunda ótica é a sociológica, que difere da corrente, acima descrita, a qual entende que só o governo pode agir, enquanto nesta existe uma interação entre os atores sociais, no caso o Estado e o os cidadãos, que se monitoram.

Desta forma, para entender qual dos dois tipos de judicialização pode se enquadrar melhor na realidade da proteção de dados na Internet no panorama brasileiro, entende-se que se faz prudente estudar alguns aspectos da regulação, entre eles o das espécies de regulação. Sendo quatro tipos, não regulação, autorregulação, corregulação e a regulação

Porto Alegre: Bookman, 2011, p. 180.

tradicional, já mencionada.

A não regulação é autoexplicativa, ou seja, não existe a regulação, não existem diretrizes e muito menos sanções relacionadas aos atos praticados em determinada seara. As pessoas, o governo e as empresas ficam livres para agir como melhor entenderem. Já na autorregulação os próprios atores sociais definem regras de condutas e sanções para o descumprimento dessas regras.

A correção nada mais é do que a interação do setor privado (empresas), cidadãos e do governo. Tal forma de regulação já existe e é implementada principalmente da União Europeia. O país que tem o papel de protagonista com relação a esta espécie de regulação é a Holanda, nos países baixos, onde a tal espécie de regulação funciona com efetividade.

Desta forma, parece que a correção seja a melhor forma de regular a IDC, pois atualmente não se pode relegar que a opinião pública é muito importante, sendo até preponderante, e muito disso se deve pela Internet e seu acesso através dos objetos que fornecem um número sem precedente de informações para os cidadãos. Assim, não há que se falar em deixar a sociedade fora das decisões governamentais. Sendo fundamental a interação entre a opinião dos governados e dos governantes para se estabelecer uma espécie de regulação que seja eficiente e que conseqüentemente atenda os anseios da população.

A proteção jurídica dos dados no Brasil, infelizmente, é uma colcha de retalhos, pois existem vários ordenamentos que tratam de tal proteção, mas não com profundidade. O primeiro instituto relacionado ao tema é o habeas data, que foi promulgado pela CF/88. Através desse remédio constitucional houve um vislumbre sobre a proteção de dados. Tal mecanismo serve para que a pessoa tenha acesso aos seus dados que estão inseridos em bancos de dados públicos.

Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em seu artigo 43 determinou que os dados pessoais só podem ser utilizados com o consentimento do consumidor. Em seguida, a Lei das Telecomunicações (lei n. 9.472), promulgada em 1997, através de seu artigo 3º determina que as empresas de telecomunicação têm que respeitar o Direito à privacidade dos usuários, não podendo usar os dados a eles relativos de maneira indiscriminada. Depois foi instituída a Lei do Sigilo Bancário (lei complementar n. 105) em 2001 e na sequência o código civil (lei n. 10.406) de 2002 trouxe a proteção da vida privada, do direito a privacidade, contudo sem adentrar na seara específica da Internet, do ciberespaço.

Assim, para se versar mais especificamente sobre o universo digital, teve-se a ideia do Marco Civil da Internet (lei 12.965/14), que é a regulamentação mais importante até hoje atinente a proteção de dados pessoais no ambiente digital. Em seu artigo 19, a lei traz o entendimento de que tais dados devem ser protegidos e que os servidores devem ser responsabilizados pelo mau uso dessas informações. Todavia, essa visão entrou em

conflito com o entendimento pacífico do STJ no tocante a citação/notificação do servidor.

O Superior Tribunal de Justiça, através de sua jurisprudência consolidada, entende que a simples notificação extrajudicial já se fazia determinante para que o servidor fosse responsabilizado pela não retirada dos conteúdos pessoais.

Ementa: RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. ORKUT. MENSAGEM OFENSIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INÉRCIA DO PROVEDOR DE BUSCA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CARACTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

STJ - T4 – Quarta Turma, Agravo Regimental no REsp 1285756, Relator Ministro Raul Araújo, j. em 08/05/2014, TJMG, Ap. Cív. 2011/0236315-7, publ. em 28/05/2014.

Contudo, o Marco Civil aduz através de um artigo específico, que na verdade é necessária uma ordem judicial para que o servidor seja responsabilizado pela não retirada dos dados, a fim de se evitar censura e responsabilização de forma indevida, nos seguintes termos:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Cíntia Rosa Pereira de Lima entende que mesmo o Marco Civil afirmando que a ordem judicial é obrigatória para vincular o provedor, tal mandamento jurídico deva ser analisado através da Teoria Geral dos Sistemas:

[...] muito embora o art. 19 do Marco Civil da Internet imponha a responsabilidade dos provedores por conteúdo gerado por terceiros após a notificação judicial para a retirada do conteúdo, entendemos, s.m.j., que este artigo deve ser interpretado de forma sistêmica para garantir a efetiva proteção dos consumidores.

Portanto, os provedores devem agir de maneira eficiente para tornar inacessível um conteúdo que cause dano a outrem quando tomarem conhecimento de tal fato, ainda que seja por uma simples comunicação da vítima como já era o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.¹³

Assim, de acordo com a comentada autora, o entendimento consolidado do STJ deve prevalecer. Portanto, para Cíntia Rosa a notificação extrajudicial já é o bastante para que o servidor seja responsabilizado pela não retirada do conteúdo privado. Corroborando a posição da aludida doutrinadora de que um determinado objeto de estudo possui diversas dimensões e facetas que devem ser analisadas como um todo, Blanchette e Johnson apontam:

[...] que uma política compreensiva de proteção de dados seja pensada não como um único pedaço de legislação, a “bala de prata” que será aplicada para todos os domínios

13 LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 110, p. 155 - 176. jan./dez. 2015. p.156.

e resolver todos os problemas. Ao invés, uma política compreensiva deveria ser entendida como uma abordagem de política pública que faz uso de uma variedade de estratégias consistentes umas com as outras e que se reforçam mutuamente. Em outras palavras, uma política compreensiva é aquela que começa com um quadro de princípios gerais que definem padrões amplos para a proteção de dados. Os princípios gerais são então implementados em uma variedade de estratégias que incluem leis em domínios específicos, mercados estruturados, práticas de autorregulação e tecnologias que aumentem a privacidade (*privacyenhancing technology*). Tal proposta é consistente com o *insight* de Lawrence Lessig de que o comportamento individual é regulado em quatro formas: pelo direito, pelas normas, pela tecnologia e pelo mercado. Lessig enfatiza como as quatro formas trabalham conjuntamente em formas de suporte mútuo.¹⁴

Nelson Angarita Remolina elaborou uma pesquisa que aponta que existem três fatores primordiais para a tendência de proteção de dados pessoais na América do Sul, o primeiro é a positivação do direito a proteção de informações privadas, o segundo é a criação de ferramentas que efetivamente protejam esse direito e o terceiro é a criação de autoridades reguladoras independentes ou semi-independentes.¹⁵ Pois:

Sozinha, a tecnologia não dá conta de imunizar cidadãos contra violações e abusos. Novos mecanismos para burlar eventuais barreiras tecnológicas sempre podem ser criados. É nesse sentido que o uso da tecnologia deve se aliar ao direito nacional ou internacional. Limites devem impor não só deveres aos Estados - como o respeito à vida privada -, mas também assegurar ao cidadão mecanismos de controle sobre suas informações pessoais. Democracias devem usar o direito como ferramenta de regulação, servindo de escudo para a tutela do direito à privacidade em detrimento de modelos de negócio que possibilitem o acúmulo desse enorme volume de dados pessoais [...]. A possibilidade de formação desses bancos de dados expõe o usuário às mesmas lentes nefastas da “teletela orwelliana”. O fato é que os modelos de negócio que imperam na rede hoje propiciam campo livre para a vigilância governamental. Deixar de regulamentar a coleta de dados (privadas e estatais) por meio da criação de barreiras tecnológicas ou jurídicas é negar uma ferramenta preciosa à autonomia do indivíduo e à sociedade democrática.¹⁶

Neste aspecto existe um anteprojeto de lei de proteção de dados (2010/2011), que suscitou uma discussão acirrada sobre o conceito de dados pessoais e consentimento. Pois, o marco civil não traz tais definições, assim criando uma lacuna que culminou na aludida controvérsia. Ademais, existe também um debate sobre a necessidade da criação de uma autoridade reguladora ou não. O que ventilou a criação de um conselho nacional de proteção de dados, o que por sua vez gerou outro impasse.

Algumas entidades que atuam ou têm interesse na área de proteção de dados deram pareceres sobre a criação de tal conselho. Existe uma divisão igualitária de posições oriundas de tais pareceres. Algumas dessas instituições entendem que não existiria a necessidade da criação de uma autoridade garantidora, uma vez que já existem entidades que poderiam fazer esse papel como, por exemplo, o PROCON e o MP. Aqui, se dá destaque para o entendimento da OAB, que é a favor da criação do conselho nacional de

14 BLANCHETTE, Jean-François; JOHNSON, Deborah G. Data retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness. *The Information Society*, v. 18, n. 1, p. 33-45, 2002. p. 37.

15 REMOLINA, Nelson Angarita. Latin America and Protection of Personal Data: Facts and Figures (1985-2014), *University of Los Andes Working Paper*, 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412091. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

16 ANTONIALLI, Denny; BRITO CRUZ, Francisco. *Por Que a Privacidade Importa*, O Estado de São Paulo, 16/06/2013.

proteção de dados. Aduzindo que deve ser explicitada na lei a estrutura da autoridade, afirmando que deva ser composta tanto por representantes da sociedade civil, ou seja, os cidadãos e a iniciativa privada (empresas), bem como de integrantes do judiciário, para que haja uma inter-relação, para que se chegue a um consenso, e através do anseio da população e do entendimento dos operadores do direito se estabeleça a estrutura do conselho.¹⁷

4 | O PAPEL DA ÉTICA NA INTERNET (INTERNÉTICA)

O objetivo do presente artigo é tratar sob o prisma jurídico-filosófico a questão dos caminhos da Internet e o papel da ética. A internética é uma expressão nova, que relaciona os padrões éticos de conduta e a Internet. É necessário trabalhar esse novo ambiente de relações, a conexão entre as pessoas e a ética em ambiente digital.

A reflexão e o estudo sobre o papel do indivíduo a partir de suas convicções e comportamentos são importantes para estabelecer um relacionamento em que não haja uma depreciação ou ofensa aos direitos e aos interesses dos outros indivíduos. Mário Sergio Cortella e Clóvis de Barros Filho tratam acerca do conjunto de valores que são utilizados para ditar os rumos das ações humanas e de uma ética que seja ampla, não se limitando a nós mesmos:

Não é de uma ética qualquer que estamos tratando, mas de uma ética como um conjunto de valores e princípios que usamos para guiar nossa conduta. Não é de qualquer ética que estamos falando quando desejamos uma ética que pressuponha saudabilidade, isto é, uma ética que não seja provedora da alegria restrita.¹⁸

Os autores continuam sua explanação sobre a ética, tratando-a com um passo além da natureza humana:

[...] a ética é a transcendência em relação à natureza; a necessidade de encontrar caminhos quando o instinto não responde mais; a necessidade de perceber que vontade não é desejo, porque vontade, muito mais do que uma inclinação do corpo, é uma decisão racional, claro que cabe ao homem fazer o que nenhuma outra criatura mais precisa fazer.¹⁹

Gilberto Dupas discorre sobre a ética tradicional e de como ela aparentemente é governada pelo sujeito autônomo, o qual escolhe suas próprias leis, sem se submeter a uma autoridade exterior, ou seja, o sujeito responsável por ele mesmo e por suas ações:

[...] é impulsionado por uma infinita liberdade e, por outro lado, totalmente responsável por ela. A partir de meados do século XX, no entanto, esse paradigma evolui para a abordagem estruturalista, em que o sujeito perde primazia para a estrutura. O sujeito

17 ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 449.

18 CORTELLA, Mario Sérgio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e Vergonha na Cara*. São Paulo: Pairus 7 Mares, 2014, p. 24.

19 CORTELLA, Mario Sérgio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e Vergonha na Cara*. São Paulo: Pairus 7 Mares, 2014, p. 40.

passa a se subordinar aos sistemas, regras que são o novo referencial de ordem.²⁰

Diante disso, pensar o papel da ética na Internet se faz necessário, em virtude dos inúmeros estudiosos que abordam ao longo do tempo a questão da ética sob a ótica Ocidental, sendo este tema cada vez mais debatido, pensado e repensado, no entanto, a reflexão tem como ponto de partida o nosso comportamento nos ambientes digitais.

O dinamismo das nossas relações muitas vezes nos impede de fazer uma reflexão e que por sua vez, a importância desta ação, vai nos direcionar a quem sabe, uma nova maneira de respeitar o espaço do outro em matéria de preservação e proteção dos direitos na chamada Era Digital.

Uma das expressões que constantemente tem sido relacionada à Sociedade da Informação é o “ciberespaço”. Tal palavra é uma nova forma de conceber a Internet, que muitas vezes nos deixa engessados diante de uma idéia acerca dos ambientes de redes digitais. O ciberespaço, neste sentido, amplia essa concepção, trazendo uma visão de um cenário em nível global.

A expressão “ciberespaço” tem origem na obra de ficção “Neuromancer” publicada por William Gibson e foi empregada por vários estudiosos. Segundo o autor, o ciberespaço é composto de “redes digitais responsáveis por facilitar uma extensa circulação de informações tendo um grande significado, abrangendo materiais, programas, informações e envolvendo além desses, os seres humanos que se interconectam neste novo espaço”.²¹

Para Pierre Lévy, o ciberespaço consiste no local onde a cibercultura é desenvolvida: ele afirma que “o ciberespaço não possui conteúdo exclusivo, mas aceita todos os tipos de conteúdos ao mesmo tempo”.²²

Contribuindo para esse pensamento, Manuel Castell afirma que as “atividades econômicas, sociais, políticas, e culturais essenciais por todo o planeta estão sendo estruturadas pela Internet e em torno dela, como por outras redes de computadores”.²³

Compreendendo a expressão ciberespaço, a noção regional de relacionamento em ambientes digitais se expande, criando um espectro muito maior de situações possíveis. A partir de um clique nós podemos ter conexão com qualquer parte do planeta.

Assim, o papel da internetica e a questão de segurança digital no ciberespaço estão diretamente ligadas e remetem para algumas posturas que precisam ser propagadas no intuito de conscientizar os usuários da Internet. Partindo-se das denominadas cinco chaves apresentadas por Alejandro Tourinõ é possível vislumbrar medidas capazes de proteger os indivíduos que trafegam no ciberespaço.²⁴

20 DUPAS, Gilberto. *Ética e Poder na Sociedade da Informação*. São Paulo: UNESP. 2000. p. 91.

21 GIBSON, William. *Neuromancer*. Brasil: Aleph, 1991. p. 07.

22 LÉVY, Pierre. Pierre Lévy fala dos benefícios das ferramentas virtuais para o ensino: entrevista. Brasília: *Revista Gestão Educacional*, 2013. Entrevista concedida a Dulce Mesquita. Disponível em: <<http://www.gestaoeducacional.com.br/index.php/reportagens/entrevistas/115-internet-e-escolade-maos-dadas>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

23 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 08

24 As ideias aqui apresentadas encontram respaldo nas lições de TOURINÕ, Alejandro. *Derecho digital: de la protección de datos a la ciberseguridad*. Disponível em: <<http://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2016/08/03/57a07a20e->

Estas cinco chaves serão inter-relacionadas com a concepção de ética que estabelece que nem tudo que eu posso, eu devo, e muito do que eu quero, eu posso. É necessário congregiar três verbos: querer, poder e dever, para que você possa estabelecer o mínimo de padrão ético de conduta e trazer isso para o ciberespaço.

Aludidas chaves permitem estabelecer uma relação com essa concepção de ética. A prevenção é a primeira destas chaves e traz consigo a noção de cautela, nos permitindo e possibilitando não sofrer danos, prejuízos, porque através do nosso conhecimento anteveríamos situações prejudiciais ao nosso comportamento dentro da rede.

O conhecimento sobre os espaços nos quais estamos inseridos é a segunda chave. É importante ter essa concepção, porque nós medimos os nossos espaços de liberdade à medida que conhecemos o ambiente em quais estamos envolvidos.

A proteção é a terceira chave, levando em consideração questões que envolvem Internet, tudo aquilo que se comenta dentro do espaço tem uma conexão direta. Assim sendo, nós protegemos dados e informações e até mesmo o nosso próprio conhecimento produzido dentro desse espaço.

Estabelecer e conhecer mecanismos de proteção, dentre os quais se destacam os programas antivírus e antispam, que podem ser utilizados para proteger os dados inseridos dentro de nossos computadores, *tablets* e *smartphones*. Ou depois de uma pesquisa breve, você deletar o seu histórico, desativar o sistema de GPS, apagar os *downloads* realizados a fim de que não se deixe o chamado “rastros digitais”, são algumas posturas que nos possibilitam conceber alguns mecanismos de proteção.

A privacidade constitui a quarta chave, ultrapassando a ideia de um direito propriamente dito. As pessoas começam a ter noção e concepção do espaço que a privacidade ocupa em suas vidas, em um tempo em que se fala muito em abrir mão e fragilização da privacidade. A privacidade deve ser tratada como uma coisa em si, a ponto de se cogitar que alguém possa abrir mão dela. Os espaços de atuação no ambiente da Internet necessariamente levam a aumentar ou diminuir o espaço de privacidade.

Após essa reflexão dos eventos históricos que envolvem o direito à privacidade, e a sua relação com a era tecnológica, busca-se compreender o conceito estabelecido por Stefano Rodotà²⁵ que explica: a privacidade como o direito de manter o controle sobre as próprias informações. Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco traçam uma distinção entre privacidade e intimidade, estabelecendo inicialmente algumas características destes:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.²⁶

5fdeaec368b464e.html>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

25 RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 92.

26 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318.

Na medida em que os espaços aumentam as possibilidades de se expor e correr riscos se potencializam, razão pela qual, o primeiro ponto que recebe uma importância, para que nós possamos nos preservar é estabelecer condutas de proteção.

Esse conceito remete à algumas indagações: Como controlar as próprias informações? Como ter ciência se nossas informações estão protegidas? Em caso de as informações terem sofrido qualquer tipo de ameaça ou como tenham sido obtidas, como faremos para nos defender? Quais são os mecanismos existentes para proteger as informações?

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.²⁷

De acordo com o nível de relacionamento que cada um de nós estabelece com outras pessoas cotidianamente, estabelecemos ações protetivas dentro dos ambientes digitais, uma vez que as pessoas podem controlar quem ingressa na sua vida e quem não faz parte dela.

No ciberespaço e na Internet não prevalece a lei da selva, na qual o mais forte ganha, e neste sentido a regulação é a quinta e última chave. Através da regulação é possível estabelecer sanções para quem transgride determinados direitos que ali estejam contidos. Havendo o mínimo de regramento que pode estabelecer um grau de segurança dentro do ciberespaço, resguardando os nossos direitos e daqueles que estão ao nosso redor.

Diante disso, é preciso levar em consideração que antes de se estabelecer a possibilidade de o Estado através do Direito oficial impor normas, é possível ter como mecanismos de proteção de tutela dos nossos dados, informações e conhecimentos produzidos.

A não regulação traz o paradigma da não normatividade, isto é a ausência da norma. A postura que nós adotamos dentro do ambiente digital de relacionamento vai ditar os rumos daquele fato, a ponto de estabelecer uma relação harmônica, ou infelizmente, gerar uma situação de conflito, que pode através de um diálogo, ou até mesmo de uma terceira ou quarta pessoa dentro deste dilema propor, indicar, possíveis soluções.²⁸

Nós afastamos a ideia da norma em si e de toda estrutura do poder positivo de regulação para que as pessoas dentro de suas próprias convicções resolvam da melhor forma possível os problemas decorrentes de uma falta de harmonia no ciberespaço.

A lei estabeleceu mecanismos alternativos de solução dos conflitos, mas que na sua origem, não tinham previsão legal e mesmo assim não impossibilitavam a solução de

27 SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 209-210.

28 Sobre este assunto, maiores informações podem ser obtidas em: MOORE, Christopher. *O processo de mediação*. Porto Alegre: Artmed; 1998 e CACHAPUZ, Rosane da ROSA. *Mediação nos conflitos & Direito de família*. Curitiba: Juruá, 2003.

conflitos, como é o caso da conciliação que através do diálogo possibilita uma solução que atenda os interesses ali colidentes. Os valores morais, a ética e a confiança são alguns dos valores dentro desse diálogo da não regulação que vão direcionar a possibilidade de se tomar uma decisão consistente.

Em contrapartida temos a autorregulação que consiste na propriedade de algo ou alguém que regula a si próprio sem a ação externa. Em outras palavras é a possibilidade de você ser o titular da sua própria história e vontade a ponto de tomar a decisão que lhe convém.

Um ponto que merece destaque é a autorregulação de condutas através do que alguns países europeus e da América do Norte convencionaram denominar de internética²⁹.

Os defensores da internética estabelecem nessa expressão a ideia de agregação de valores de cunho moral e ético nas relações virtuais (afastamento de aplicações de sanções ou métodos coercitivos). Entre estes pensadores, mencionamos Adalberto Simão Filho que estabelece essa possibilidade de organizar sistemas de conduta a partir dos valores morais e éticos visando uma harmonia diante de uma situação conflituosa, você afasta o poder estatal e traz um dinamismo, uma possibilidade de uma situação desarmônica trazer a harmonia.

Segundo o pensamento de Adalberto Simão Filho a partir de uma abordagem sob o prisma empresarial da nova empresarialidade é possível dizer que ela absorverá este sistema (internética) nas relações de comércio eletrônico transfronteiriços e assim se observará a agregação de valores de natureza moral e ética nas relações empresariais, propiciando um afastamento de lacunas protetivas e reduzindo a aplicações de sanções ou métodos coercitivos.³⁰ Ademais, segundo o próprio autor, traz em seu teor uma carga valorativa a ser implementada, quais sejam, o solidarismo, a eticidade e a cooperação a demonstrar que por estas razões, um empresário que estivesse imbuído destes princípios, deveria ter cuidados com dados sensíveis que lhes foram depositados por usuários, independente da forma.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a essa contextualização, e com a projeção de que a economia colaborativa e rearranjada está em pleno e evidente crescimento, mormente em face da tecnologia, constata-se uma reconfiguração nos modelos clássicos de negócio, na forma como empresas e cidadãos se relacionam, um olhar mais reflexivo sobre o consumo e as relações sociais e políticas.

29 SIMÃO FILHO. Adalberto. Revisitando a Nova Empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto de Internet das Coisas. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. (coords). *Direito & Internet III. Tomo II. Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 27.

30 SIMÃO FILHO. Adalberto. Revisitando a Nova Empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto de Internet das Coisas. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cintia Rosa Pereira de. (coords). *Direito & Internet III. Tomo II. Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin. 2015, p. 30.

Entende-se que o trabalho formulado não deve ficar apenas no campo das ideias e sim ser implementado de maneira fática para que surta algum efeito perante a sociedade. Para isso suscitamos a ideia de uma lege ferenda.

Pois, ao estudar o direito da Sociedade da Informação, através da multidisciplinaridade e da interdisciplinaridade, por meio do prisma jurídico, sociológico e da tecnologia da informação, chega-se a conclusão de que o direito serve para abarcar as necessidades das sociedades. Assim, tal discussão seria em vão caso não se formule uma proposta que tente atender os anseios da sociedade no tocante a regulamentação da proteção dos dados pessoais em ambiente virtual.

Talvez um primeiro assunto a ser tratado deva ser a conceituação do que são dados pessoais e consentimento, porque como o marco civil deixou tal classificação em aberto se faz necessário pacificar tais conceitos em uma futura proposta de legislação protetiva de dados na Internet.

Outro tema interessante a ser tratado em tal lege ferenda é o da constituição ou não de uma autoridade garantidora. Muitos países como a Espanha e a Holanda possuem esse tipo de entidade. Alguns outros países europeus e o Japão se autorregulam pelo uso da ética e dos costumes. Contudo, no Brasil provavelmente seria bom que se instituisse tal órgão, uma vez que a cultura nacional é a da positividade, ou seja, os cidadãos brasileiros estão habituados a só fazerem algo se existir uma lei que os obrigue e, ainda por cima, que haja uma previsão de sanção em caso de descumprimento.

Mesmo que ainda sejam promulgadas várias leis o brasileiro ainda as desrespeita, caso não haja a instituição de uma legislação que verse sobre a proteção de dados pessoais no ambiente virtual, dificilmente haverá uma regulação pela ética e pelos usos e costumes, uma vez que não é da cultura brasileira. Daí resulta a necessidade de formulação de uma lege ferenda para o tema.

A importância da ética que possibilita uma transformação nos padrões de conduta das pessoas está dentro do plano de convicção dos valores que elas congregam ao longo da vida e à medida que se relacionam com o outro com ideias análogas o fato de chegarem o mais próximo daquilo que se entende como consenso.

Contudo, a noção de ética dentro de um ambiente digital no qual cidadãos brasileiros interagem, ainda anseia por leis que regulem essas relações, a fim de dar aquilo que atualmente concebe-se como segurança jurídica. A contribuição que fica é necessidade cada vez maior das pessoas em pensarem nas suas condutas, ações e comportamentos, porque é o primeiro passo para evitar problemas, dilemas, conflitos dentro de ambientes digitais relacionados aos seus dados pessoais.

REFERÊNCIAS

- ANTONIALLI, Denny; BRITO CRUZ, Francisco. Por Que a Privacidade Importa, **O Estado de São Paulo**, 16 de junho de 2013.
- ARAÚJO, Eliany Alvarenga de. A construção social da informação: dinâmicas e contextos. **Datagramazero**, Rio de Janeiro, v.2, n.5, p.1-11, out. 2001. Disponível em: <<http://www.dgz.org.br>>. Acesso em: 20 de agosto de 2019.
- BLANCHETTE, Jean-François; JOHNSON, Deborah G. Data retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness. **The Information Society**, v. 18, n. 1, p. 33-45, 2002.
- BARRETO, Aldo de Albuquerque. O rumor do conhecimento. **São Paulo em Perspectiva**, v.12, n. 4, p.69-77, 1998. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v12n04/v12n04_10.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2019.
- BARRETO JUNIOR. Irineu Francisco. Proteção da Privacidade e de Dados na Internet: O Marco Civil da rede examinado com fundamentos de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. In: De LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO; Adalberto, LIMA; Cinthia Rosa Pereira de. (org). **Direito & Internet III**. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BOTSMAN, Rachel, ROGERS, Roo. **O Que É Meu É Seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- CACHAPUZ, Rosane da ROSA. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.
- CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- CHOO, Chun Wei. **A Organização do Conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões**. São Paulo: Editora Senac, 2006.
- COOPER, Geoff, GREEN, Nicola, MURTAGH, Ged, HARPER, Richard, **Mobile Society? Technology, distance, and presence.**, in WOOLGAR, Steve, *Virtual Society*. Oxford, Oxford Press, 2002.
- CORTELLA, Mario Sérgio; BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética e Vergonha na Cara**. São Paulo: Páris 7 Mares, 2014.
- DAVENPORT, Thomas; PRUSAK, Laurence. **Conhecimento Empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
- DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. São Paulo: UNESP. 2000.
- FOLHA. **Mercado**. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1761310-numero-de-smartphones-em-uso-no-brasil-chega-a-168-milhoes-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.
- G1. **Tecnologia**. 2015. Disponível em; <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/conexao-internet-smartphone-dobra-no-brasil-em-2015-diz-google.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.
- GIBSON, William. **Neuromancer**. Brasil: Aleph, 1991.
- HASWANI, Mariângela Furlan. **A comunicação estatal com garantia de direitos: foco no Brasil, na Colômbia e na Venezuela**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam-USP), linha de pesquisa Comunicação e Cultura, como requisito parcial à obtenção do título de doutor, sob orientação da Profª Drª Margarida Maria Kröhling Kunsch. (Prolam/USP), São Paulo, 2010.

LÉVY, Pierre. Pierre Lévy fala dos benefícios das ferramentas virtuais para o ensino: entrevista. Brasília: **Revista Gestão Educacional**, 2013. Entrevista concedida a Dulce Mesquita. Disponível em: <<http://www.gestaoeducacional.com.br/index.php/reportagens/entrevistas/115-internet-e-escolade-maos-dadas>>. Acesso em: 12 de setembro de 2019.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 110, p. 155 - 176. jan./dez. 2015.

MAGNANI, Maria Cristina Brasil; PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. “Regime” e “Informação”: a aproximação de dois conceitos e suas aplicações na Ciência da Informação. **Liinc em Revista**, v.7, n.2, set.2011, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/index.php/liinc/article/viewFile/392/320>>. Acesso em: 15 de setembro 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOORE, Christopher. **O processo de mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. 2.ed. 2v. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

REMOLINA, Nelson Angarita. Latin America and Protection of Personal Data: Facts and Figures (1985-2014), **University of Los Andes Working Paper**, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2412091>. Acesso em: 17 de setembro de 2019.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. São Paulo: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Henrique Flávio Rodrigues da. Um estudo do poder na Sociedade da Informação. **Ci. Inf.**, Brasília, v.29, n.3, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline>>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Revisitando a Nova Empresarialidade a partir do Marco Civil em Contexto de Internet das Coisas. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coords). **Direito & Internet III**. Tomo II. Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin. 2015.

TAKAHASHI, Takeo. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Org. Tadao Takahashi. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TOURINÓ, Alejandro. **Derecho digital: de la protección de datos a la ciberseguridad**. Disponível em: <<http://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2016/08/03/57a07a20e5fdeaec368b464e.html>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

VARELA, Aida. Informação e construção da cidadania. (Série Ciência da Informação e da Comunicação). Brasília: **Thesaurus**, 2007.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. A Proteção de Dados entre Leis, Códigos e Programação: os limites do Marco Civil da Internet, in: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito e Internet III**. Tomo II. Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

A TRANSFORMAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO DE AUTOR E OS DESAFIOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 06/05/2020

Marcos Henrique Costa Leroy

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/9411890535028779>

Fernanda Amaral Duarte

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte – Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/0858708073707619>

RESUMO: Desde as primeiras discussões sobre direito autoral, o conceito de autor e seus impactos no direito sobre as obras foram se alterando. Enquanto as primeiras legislações buscavam proteger o direito dos criadores das obras de maneira restrita, novas tecnologias atreladas à nova configuração da própria sociedade desafiam o modelo protetivo em relação aos direitos de autor. Para demonstrar essa mudança, este trabalho se propõe a verificar a evolução do conceito de autor, perpassando por avanços tecnológicos como a internet que incitam um olhar diferente para a proteção autoral tradicional, trazendo alguns dilemas e discussões atuais sobre a existência

ou não de certos limites para caracterização como autor. Por fim, pretende-se analisar diferentes mecanismos para o enquadramento ou não de uma inteligência artificial como autora de direitos e uma possível flexibilização do conceito clássico de autor para se adequar a essa nova realidade tecnológica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral. Internet. Inteligência Artificial.

THE TRANSFORMATION OF THE COPYRIGHT/AUTHORS RIGHT CONCEPT AND THE CHALLENGES OF NEW TECHNOLOGIES

ABSTRACT: Since the first discussions on copyright/authors rights, the concept of authorship and its impact on the right to works have been changing. While the first laws sought to protect the rights of creators in a restricted way, new technologies linked to the new society configuration challenge the protective model regarding rights to authors. To demonstrate this transformation, this paper aims to verify the evolution of the concept of authorship, going through technological advances such as the internet that drive a different look at traditional copyright/authors right protection, bringing some current dilemmas and discussions about

the existence or not of certain limits for an authorship characterization. Finally, it is intended to analyze different mechanisms to include or not an artificial intelligence as an author of rights and a possible relaxation of the classic concept of author to adapt to this new technological reality.

KEYWORDS: Copyright. Internet. Artificial intelligence.

1 | INTRODUÇÃO

As obras artísticas aludem aos primórdios da humanidade que, com o decorrer do tempo, foram ganhando significados históricos, acadêmicos e até mesmo financeiros. Assim, é perfeitamente compreensível a premissa de que um livro possui valor tanto quanto seu conteúdo (histórico-acadêmico), quanto à sua negociação em mercado (lucro).

Neste sentido, os interesses dos autores ganham foco, visto que quanto maior a valoração dada à sua obra, maior seu reconhecimento e retorno patrimonial. É por tal razão que os Direitos Autorais movem um grande setor da economia mundial, como o de livros, filmes e músicas.

Basta, contudo, um simples exercício de retorno ao passado para constatarmos grandes mudanças neste setor, que, em verdade, tiveram caráter expansivo e não extintivo. Ao exemplo, uma história que só era declamada de geração em geração, foi transportada para um objeto corpóreo (livro) e que, atualmente, retorna ao incorpóreo por meio da tecnologia da informação (ebooks). Também, as músicas, antes só tocadas ao vivo, passam a serem “capturadas” em bens corpóreos (LP, Fitas, CDs, PenDrives) e regressam ao incorpóreo (plataformas de streaming).

Em consequência, o conceito de autor também se muda, tendo que se adequar aos novos parâmetros mundiais. A criação dos Direitos Conexos ao autor (tratada posteriormente neste artigo) é um exemplo, ante a extrema dificuldade, outrora, de tradução de obras literárias, em face de baixo consumo e grandes dificuldades de produção do livro.

Nesta perspectiva, este artigo busca enfrentar as transformações ocorridas, ao longo do tempo, no conceito de autor, bem como apontar os dilemas trazidos pelas novas formas de tecnologia (plataformas de streaming e, mais recentemente, a Inteligência Artificial). A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica dos temas específicos e a análise de casos-chave que levam a compreensão do novo paradigma de autoria. Deste modo, por fim, objetiva-se demonstrar como a transformação do conceito de autor porta para discussão de proteção, por meio dos Direitos Autorais, das obras criadas por inteligência artificial.

2 | CONCEITO CLÁSSICO DE DIREITO DE AUTOR

Enquanto as obras literárias estavam vinculadas ao aspecto artesanal, ou seja, à uma produção manual, o Direito Autoral não era alvo de intensos debates. Os desentendimentos sobre o tema tinham como objeto, precipuamente, a paternidade dos trabalhos, mas a dificuldade de popularização dos livros obstaculizava a percepção financeira das obras.

As primeiras discussões sobre Direito Autoral remontam à acepção econômica destes. A preocupação governamental, por toda Europa, girava em torno de regular a impressão e circulação das obras, sobretudo as escritas, face à facilidade e celeridade da propagação dos livros, e conseqüentemente de ideias, após invenção da imprensa no século XV. Neste sentido, os privilégios concedidos não reportavam ao criador da obra, mas àquele que possuía o Direito de colocá-la no mercado, ou seja, os denominados livreiros.

O marco histórico do reconhecimento de direitos aos criadores das obras ocorre na Inglaterra em 1710, com o Estatuto da Rainha Ana, que dispunha que todo autor que não havia transferido sua obra a terceiro: “deverá ter o direito e liberdade de impressão do livro ou livros pelo período de 21 anos, contados do décimo dia de Abril, e nada mais.” (REINO UNIDO, Estatuto da Rainha Ana de 1710 – tradução livre)

Em 1886, a Convenção de Berna para proteção de obras literárias e artísticas elevou a nível internacional a regulação do Direito Autoral. A Associação literária e artística internacional de 1878, cujo presidente era Victor Hugo, foi o principal órgão responsável para as negociações da proteção internacional. Deste modo, como explica Henri Desbois (1960), a Associação elaborou um projeto tendo como premissa básica que “*Todos os autores de obras publicadas ou representadas em um país contratante, de qualquer nacionalidade, são assimilados, nos outros países da União, aos autores nacionais destes países, sem serem restringidos por formalidade*” (tradução livre).

Dessarte, apesar do conceito de autor ainda ser àquele que produziu a obra, percebe-se que este ganha um novo contorno a partir da Convenção de Berna. Assim, o detentor de Direitos Autorais passa a ser não somente o nacional, mas também o estrangeiro de país unionista. Eis o conceito clássico de Autor.

3 | EXPANSÃO DO CONCEITO DIREITO DE AUTOR

3.1 Direitos Conexos

A concepção clássica de autor não demorou muito a ser questionada frente à necessidade de proteção de terceiros que difundiam a obra. Em outros termos, a ideia de regulação autoral somente para os criadores do trabalho artístico, não satisfazia os anseios dos responsáveis por sua propagação, ou seja, os intérpretes. Assim, entendem

BRANCO e PARANAGUÁ (2009): “*Trata-se, a bem da verdade, do direito de difundir obra previamente criada. O esforço criativo aqui evidente não é o de criação da obra, e sim de sua interpretação, execução ou difusão*”.

Desta maneira, em 1961, a Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonograma e aos Organismos de Radiofusão (Convenção de Roma), estabeleceu direitos similares aos autorais para músicos, intérpretes, dançarinos, cantores, etc. Estes, conhecidos como Direitos Conexos, ou *Droit Voisin*, entraram no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 57.125 de 1965, sendo reforçados na Lei de Direitos Autorais de 1973 (antiga Lei Autoral), no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (sigla em inglês: TRIPS) e na Lei 9.610/98 (atual Lei de Direitos Autorais - LDA).

A este respeito, destacamos o caso do livro “O Senhor dos Anéis” em que os tradutores da obra, contratados pela Editora Martins Fontes, requereram judicialmente os direitos autorais da tradução, tendo como fundamento os Direitos Conexos. O pedido foi julgado, em primeira instância, procedente para o pagamento de 5% sobre cada item vendido pela editora aos autores.

Em verdade, apesar dos Direitos Conexos serem considerados como apenas similares aos direitos autorais, temos que no âmbito conceitual há a relativização do que é ser autor. Isto porque o conceito clássico de autoria, já discutido no tópico anterior, também passa a abarcar, ainda que fictamente, os intérpretes da obra, ocorrendo, portanto, uma expansão do Direito Autoral.

3.2 Pessoa Jurídica como autora de obras

Até o momento viu-se que o conceito de autoria só abarca pessoas físicas. A expansão desta definição, deu-se, até o presente momento, dentro dos limites da personalidade humana. Todavia insurge-se a discussão sobre a salvaguarda de direitos autorais para entes não humanos, como a Pessoa Jurídica.

No mesmo sentido, a Lei de Direitos Autorais no artigo 11 determina o conceito de autor como “pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”. Entretanto, também aponta que a Pessoa Jurídica pode deter os direitos concedidos na lei nos casos expressamente tipificados.

Para Leonardo Poli a temática deve ser apreciada pela distinção entre os conceitos de titularidade e autoria. O titular é aquele a qual a proteção autoral recai, geralmente em seu aspecto patrimonial. Por outro ângulo, o autor segue o conceito estipulado da LDA, qual seja, pessoa física criadora da obra.

A titularidade, nas palavras do doutrinador, se dividiria em duas: originária e derivada. Sendo que:

Titular originário de direitos autorais é aquele que os adquire no momento em que a criação intelectual é exteriorizada. Titular derivado é aquele que adquire os direitos autorais do

autor por ato inter vivos, causa mortis ou por disposição legal, a exemplo dos casos de cessão legal. (POLI, 2008, p.94).

A aquisição de direito autoral pela Pessoa Jurídica, nestes termos, estaria no plano da titularidade derivada. Ou seja, a Pessoa Jurídica somente poderia vir a deter os direitos patrimoniais da obra, uma vez que os direitos morais, inerentes ao autor, são intransmissíveis e inalienáveis.

Em conclusão, Poli advoga pela impossibilidade de admissão da titularidade originária da Pessoa Jurídica e explica:

Isso porque a proteção jurídica aos direitos da personalidade parte da premissa de elevação da pessoa humana, e apenas ela, ao centro do ordenamento jurídico e a realização de uma transposição mecânica, por mais que na superfície aparentasse progresso jurídico nada mais seria que retrocesso. (POLI, 2008, p.96).

Diversamente, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) entendeu por devida a indenização por danos morais em ação proposta por LPJ Editora Gráfica LTDA em face de Henrique dos Santos por prática de plágio. Preliminarmente o Réu alegou ilegitimidade passiva da autora, visto que o direito autoral, em seu aspecto moral, estaria diretamente ligado à pessoa física.

O TJSC afastou a preliminar e concedeu o pedido de indenização por direitos morais à gráfica. Sobre legitimidade passiva, e, conseqüentemente os direitos morais da autora, o Desembargador Eduardo Gallo Júnior explicou:

Além disso, ainda que a criação artística derive de obra intelectual necessariamente do ser humano, a pessoa jurídica que esta pessoa integra, reveste-se como titular do direito autoral, pelo fato de que explora economicamente o produto, notadamente, porque a ela é destinada a produção intelectual (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão nº 2012.053809-4. 2015).

Pela análise do caso, em contraponto com os ensinamentos do professor Leonardo Poli, infere-se que não há consenso em relação à titularidade originária da Pessoa Jurídica. Assim, se de um lado da balança, a titularidade originária (relacionada aos direitos morais) é fruto do “espírito humano” (termo utilizado pela Lei de Direitos Autorais no artigo 11), do outro é inegável a possibilidade de indenização por danos morais às Pessoas Jurídicas, pressupondo, portanto, aqueles direitos.

Por outro viés de análise, qual seja, o da relação de emprego entre o autor da obra contratada e a pessoa jurídica, temos que, ordinariamente, a obra é de titularidade do empregador. Contudo, o problema da titularidade ainda reside, visto que há unanimidade no que toca ao termo inicial de transferência desses direitos.

Melhor dizendo, o problema tange a questão da imediatidade de transferências dos direitos autorais por força do contrato de trabalho. Defendendo a impossibilidade de titularidade originária, Poli (2006) argumenta:

Por outro lado, pela natureza do contrato de trabalho, ao empregador pertencem os frutos daí decorrentes. Mesmo nesses casos, contudo, haveria dificuldade em se atribuir a titularidade originária ao empregador tendo-se em vista a norma expressa na LDA que atribuiu ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

Novamente, pelo prisma conceitual, a autoria da Pessoa Jurídica perpassa pela bifurcação do direitos morais-patrimoniais. Assim, o óbice para que uma Pessoa Jurídica seja autora parece se fundar, precipuamente, na possibilidade ou não de conceder direitos morais à esta.

3.3 Animais como sujeitos de direitos autorais

Nos últimos anos o mundo acompanhou a disputa judicial entre David John Slater, fotógrafo e Naruto, macaco da espécie *Macaca nigra*, representado na corte americana pela PETA Foundation. O autor (PETA Foundation) argumenta que Naruto seria detentor dos direitos autorais referentes a um conjunto de fotografias, conhecidas como Selfie do Macaco.

Segundo o alegado, apesar da máquina fotográfica ser de propriedade de David John, Naruto teria apertado o botão e feito sua própria *selfie*. Deste modo, o autor argumentou que Naruto deveria ser considerado autor do conjunto fotográfico, visto que se as Selfies do Macaco tivessem sido feitas por um humano, utilizando a câmera remanescente de Slater, este humano seria considerado autor das fotos.

Naruto não é o único “artista” do reino animal. O elefante Suda, de um zoológico Tailandês, se tornou mundialmente famoso por pintar seu autorretrato em tela preparada por funcionário do local. Basta uma mera pesquisa na internet para se encontrar dezenas de exemplos de animais com dita sensibilidade artística. Entretanto, dificilmente os tribunais decidem acerca autoria das obras feitas por animais não humanos.

Isto porque, geralmente, as performances são frutos de intenso treino imposto pelo dono ou responsável pelo animal. É por tal razão que o caso de Naruto foi um paradigma na questão, visto que se tratou de ato “espontâneo” do macaco.

A decisão da justiça americana foi no sentido de manter o fotógrafo como autor da coleção de fotos. Apesar da manutenção do conceito tradicional de autor no caso, como pessoa física, é inegável sua importância, por abrir a discussão quanto a possibilidade de concessão destes direitos aos animais.

Ressalta-se que, ao menos no contexto brasileiro, a questão não estaria totalmente definida. A natureza jurídica dos animais tem mudado ao longo dos, deixando de serem coisas, é o chamado processo de descoisificação dos animais.

Por fim, outro ponto a ser notado é a “vontade”, ou melhor dizendo, a total falta de ingerência humana no objeto digno de proteção autoral, foco da discussão do caso Naruto vs David Slater. Isto se deve ao fato de ser ponto-chave para o tema Direito Autoral e Inteligência Artificial, que será tratado mais adiante.

Sobre o capítulo, portanto, conclui-se que apesar de não ter havido modificação na delimitação de autor, abriu-se o espaço para novos contornos do conceito a depender da própria determinação da natureza jurídica dos animais.

4 | DIREITO AUTORAL E NOVAS TECNOLOGIAS

A exemplo do que foi retratado no capítulo anterior, tecnologias recentes como a câmera fotográfica têm alterado a relação entre indivíduos e arte, considerando a possibilidade de direitos sobre a criação de obras por sujeitos não-humanos.

Todavia, essas tecnologias não somente intensificaram a discussão sobre a proteção ou não do direito de autoria a seres não humanos como também alteraram a forma como a sociedade se relaciona com os direitos ligados às suas obras. Nesse sentido, é inegável que o advento da Internet foi uma das maiores transformações relativas a difusão e a forma de uso de obras.

Uma das características fundamentais do direito autoral na internet, por exemplo, é a possibilidade de obtenção do uso ou propriedade de uma obra sem afetar diretamente o direito de outrem. Isso porque, anteriormente a proteção do direito de autor com a imprensa, cada obra feita era única e muito cara já que envolvia uma produção manual. Mesmo com a inovação trazida pela imprensa, a criatividade era sobreposta em favor da garantia do retorno financeiro da empresa já que a própria impressão era ainda custosa e restrita a um bem físico, o que não se verifica mais com a internet.

Criatividade e inovação são os factores-chave da criação de valor e da mudança social nas nossas sociedades — ou melhor, em todas as sociedades. Num mundo de redes digitais, o processo de criatividade interactiva é contrariado pela legislação relativa a direitos de propriedade, herdados da Era Industrial. (CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 27)

A rede mundial de computadores permite que um simples documento virtual, ou seja, um bem não atrelado a um formato corpóreo, seja amplamente divulgado e a custos bem mais baixos, sem impactar o direito de outrem devido a um número limitado de impressão ou na necessidade de propriedade direta sobre um bem.

Na indústria musical, por exemplo, era necessário comprar um CD ou LP para ter acesso a uma música, que mesmo com a proteção de direito autoral, o consumidor possui o direito de propriedade sobre aquele CD ou LP. Contudo, o streaming originou um novo mecanismo que permite seus usuários o acesso a uma biblioteca de músicas ofertada pela plataforma, dando ao consumidor a possibilidade de escutá-las, mas não tendo mais uma propriedade sobre elas já que não há uma transferência de propriedade, somente o fluxo de mídia enquanto houver a disponibilização delas pelo programa.

Dessa forma, esse cenário colaborou com a introdução de novos autores que viram a internet como uma forma de inserção no mercado já que, com a diminuição de intermediários e menores custos, propiciou maior oportunidade de divulgação da sua obra. Um dos exemplos mais visíveis dessa mudança foram os blogs com os mais diversos temas como culinária, viagem e moda, que com um simples nome de domínio, permite que autores produzam conteúdo e alcancem usuários por meio da internet.

Aliado a essa nova configuração de produção e divulgação de obras, provocou-se um anseio de mudança na própria proteção do direito autoral para abarcar os novos

interesses dos autores. Isso porque, enquanto anteriormente existia uma pressão por garantir todo e qualquer controle sobre a obra ao autor, produtor ou intérprete, a internet motivou uma alteração por parte dos criadores para que haja uma simplificação dos direitos, podendo até mesmo concordar com a concessão das suas prerrogativas para que haja maior difusão do conhecimento, por exemplo.

Como forma de tentar abarcar esse interesse, o estudioso Lawrence Lessig criou o Creative Commons - um conjunto de licenças atreláveis a obras diferente do modelo clássico de todos os direitos reservados. Esse modelo viabiliza que autores identifiquem em suas criações a sua voluntariedade sobre usos como: liberar a reprodução somente com necessidade de atribuição, proibição ou não para uso comercial, possibilidade de derivação, dentre outros.

A licença Creative Commons constitui uma concessão de liberdade a qualquer pessoa que acesse a licença e, mais importante, uma expressão do ideal de que a pessoa associada à licença acredita em algo diferente dos extremos “Todos” ou “Não”. O conteúdo é marcado com a marca CC, o que não significa que os direitos autorais sejam renunciados, mas que determinadas liberdades sejam dadas. (LESSIG, 2004, p. 289 – tradução livre).

É perceptível que as novas tecnologias geraram uma transformação na cultura, colocando em xeque o conceito atual de proteção do direito ao autor. Houve, portanto, interesse por parte de autores em uma proteção menos rígida do direito autoral, permitindo a argumentação por uma maior relativização dos conceitos ao discutir sobre a real necessidade de preservar direitos previstos historicamente que não mais se adequam à nova realidade da sociedade.

5 | DIREITO AUTORAL DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Alinhada a essa acepção, a inteligência artificial é uma das novas tecnologias que tornam o estudo sobre a proteção do direito autoral ainda mais complexo. Isso porque, enquanto as tecnologias estavam facilitando por meio do intermédio entre o usuário e a obra, a IA é a própria criadora de obras, o que leva a reflexão sobre o seu impacto no conceito de autor.

Conceituar inteligência artificial por si só já é um desafio por abranger diferentes e complexos mecanismos computacionais que não necessariamente se assemelham perfeitamente a uma inteligência humana. John McCarthy em seu artigo *What is Artificial Intelligence?* traz o seguinte significado:

É a ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Está relacionado à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar a métodos biologicamente observáveis. (MCCARTHY, 2007 – tradução livre).

Definindo a inteligência artificial como um computador que funciona similarmente a uma inteligência humana, mas não funcionando biologicamente como o de um ser humano,

remete-nos mais uma vez para a discussão sobre possibilidade ou não de considerar um não-humano como autor de obras que possam ser protegidos pelo direito autoral.

Ao destrinchar melhor como opera uma inteligência artificial, Surden explica como é o método de realização das tarefas de uma IA:

Há certas tarefas que parecem exigir inteligência porque, quando os humanos as executam, elas implicam em habilidades cognitivas de ordem superior, como raciocínio, compreensão, metacognição ou percepção contextual de conceitos abstratos. No entanto, a pesquisa mostrou que algumas dessas tarefas podem ser automatizadas - até certo ponto - por meio do uso de técnicas computacionais não cognitivas que empregam heurísticas ou proxies (por exemplo, correlações estatísticas) para produzir resultados úteis e "inteligentes". (SURDEN, 2014, p. 9 – tradução livre)

E continua ainda debatendo se as IAs podem ser consideradas inteligentes:

Algoritmos não-cognitivos de computador podem, às vezes, produzir resultados "inteligentes" em tarefas complexas sem a cognição em nível humano. Para empregar uma visão funcional da inteligência, tais resultados automatizados podem ser considerados "inteligentes" na medida em que se aproximam daqueles que teriam sido produzidos por uma pessoa similarmente situada, empregando processos cognitivos humanos de alto nível. Essa é uma visão da inteligência orientada a resultados - avaliar com base no fato dos resultados produzidos serem sensíveis e úteis - em vez de saber se o processo subjacente que os produziu era de natureza "cognitiva". (SURDEN, 2014, p. 9 e 10 – tradução livre)

Para o autor, apesar da IA não possuir uma cognição humana, uma inteligência artificial produz resultados automáticos que podem se aproximar a um processo cognitivo humano a partir dessa visão teórica baseada na sua resultância.

Contudo, não basta realizar um exame teórico sobre o conceito e intelecto de uma IA ser ou não similar a um ser humano, é impetrante analisar a capacidade desse sujeito não humano de possuir o direito autoral na legislação vigente.

No caso do Brasil, a principal fonte referência é a própria Lei de Direitos Autorais de 1998, que em seu Título II Capítulo II retrata sobre a Autoria das Obras Intelectuais ao introduzir em seu art. 11 qual o conceito de autor:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei. (Brasil. Lei 9.610/1998)

Como pode se observar, a LDA brasileira garante a proteção de direito autorais para pessoa física como também para pessoa jurídica - um ente detentor de direitos e deveres que pode ser denominado como um representante de um sujeito abstrato. Analogicamente, uma IA poderia, caso possuía sua inteligência próxima a de um ser humano, ser considerado como um sujeito abstrato, como adversamente estar mais próximo de um animal, se enquadrando no caso retratado anteriormente do macaco Naruto que não possuía vontade na produção da obra.

Para abarcar as novas tecnologias - incluindo a própria inteligência artificial -, a legislação do Reino Unido na lei *Copyright, Designs and Patent Act de 1988* na Parte I Capítulo I na Seção 9 sobre autoria tem a seguinte definição de autor:

(1) Nesta parte, "autor", em relação a uma obra, significa a pessoa que o cria.

...

3) No caso de uma obra literária, dramática, musical ou artística que é gerada por computador, o autor deve ser considerado como a pessoa por quem os arranjos necessários para a criação do trabalho são realizados. (tradução livre)

O ponto (3) mostra que para qualquer criação dramática, musical ou artística gerada por computador será considerada a pessoa que promoveu a combinação necessária para a criação da obra para a obtenção do direito de autor sobre ela. Isso significa que, no caso da inteligência artificial produzir alguma obra, o direito a ela estará atrelado ao criador da própria IA.

Em soma, o conceito de direito de autor é tratado diferentemente na Austrália. Tal fato se deve a não especificação na legislação australiana da necessidade de humano como dono dos direitos de maneira explícita:

35 Propriedade dos direitos de autor em obras originais

(2) Sujeito a esta seção, o autor de uma obra literária, dramática, musical ou artística é proprietária de quaisquer direitos de autor que subsistam na obra em virtude desta Parte. (AUSTRÁLIA. Copyright Act 1968 – tradução livre)

A legislação australiana de copyright ao não identificar a caracterização humana como imprescindível para possuir direito autoral sobre a obra abre uma brecha para que criações não humanas possam ter seus direitos ligados a sujeitos não humanos como animais ou uma inteligência artificial.

Por consequente, a definição de direito autoral quando relacionada a inteligência artificial enfrenta o desafio sobre a abrangência de seu conceito caso um sistema computacional fosse inteligente como um ser humano e dar ou não direitos autorais a uma IA. Em outras palavras, uma IA poderia ser a própria autora de suas obras ou seria seu criador o sujeito de direito autorais das criações de uma inteligência artificial?

De maneira ilustrativa, algumas inteligências artificiais já incitam reflexões sobre o direito autoral e seus limites relativos ao conceito tradicional de autoria ao engendrar decisões criativas para produções artísticas.

The Next Rembrandt é um exemplo de IA de iniciativa da ING em conjunto com a Microsoft que coletou e examinou diversas coleções e trabalhos de Rembrandt van Rijn - um dos pintores mais conhecidos e clássicos da Holanda - para a produção de nova obra baseada nas técnicas desse artista. Ao analisar uma base de dado de obras do pintor, a IA criou um novo quadro utilizando o estilo do artista, mas com uma interpretação computacional sobre como uma pintura típica de Rembrandt deveria se parecer (GUADAMUZ, 2017, p. 1).

Outra IA é o Sony Flow Machine que consiste em uma análise computacional para criação de música de maneira autônoma ou em colaboração de artistas humanos para

composição de novas músicas baseadas no estilo de artistas, como a música Daddys Car com base nas produções da banda The Beatles.

Já na área da literatura, o romance *The Day a Computer Writes a Novel* foi criado por uma IA que teve palavras, frases e parâmetros construídos por Hitoshi Matsubara e sua equipe da Future University Hakodate no Japão. O fato mais curioso dessa experiência é que a IA criou o romance e ele chegou a concorrer ao prêmio literário no Nikkei Hoshi Shinichi Literary Award, ultrapassando a fase inicial e indo até a premiação final.

Esses exemplos demonstram que a inteligência artificial está cada vez mais impactando o cotidiano da sociedade ao criar novas obras a partir de uma base de dados introduzida por humanos, mas o que se pondera da autoria está ligada à capacidade de participar do processo criativo ou até mesmo de fazê-lo de maneira autônoma.

Essa é uma preocupação da própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO - World Intellectual Property Organization, em inglês) ao mostrar que os programas de computador não são mais uma ferramenta. Atualmente, a IA já pode fazer parte integrante para decisões criativas, podendo gerar impactos comerciais e dificuldades legais devido ao aumento e complexidade do uso da inteligência artificial ao produzir obras criativas (WIPO. 2017).

6 | CONCLUSÃO

O conceito de autor foi se modificando ao longo do tempo para se adequar aos anseios dos criadores em garantir proteção à suas criações. Na atualidade, essa discussão se intensifica com as possibilidades geradas por novas tecnologias como a fotografia feita pelo macaco Naruto ou por inteligências artificiais como The Next Rembrandt, instigando a ponderação sobre a necessidade ou não de um ser humano para a proteção dos direitos autorais de uma obra, por exemplo.

Além disso, os próprios criadores observam um caminho para uma flexibilização dos direitos tradicionais de autor a partir do surgimento de mecanismos alternativos para proteção das obras como o Creative Commons ou por meio de plataformas de consumo diferentes como o streaming sem a necessidade de transferência da propriedade física de uma obra.

Isso significa que as novas tecnologias modificaram as relações entre o autor e obra e provaram a necessidade de repensar o modelo de proteção do direito autoral para que se adeque às práticas cotidianas como o direito do autor na internet. Para tal, deve-se vislumbrar o conceito de autor de maneira mais flexível às normas vigentes para promover e garantir o interesse e incentivar a criatividade e inovação dos criadores.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA. **Copyright Act 1968**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00180>> . Acesso em 30/09/2018.

BRANCO, Sérgio; PARANAGUÁ, Pedro. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

BRASIL. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm, último acesso em 29/09/18.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm, último acesso em 29/09/18.

_____. **Projeto de Lei nº 351**, de 10 de junho de 2015. Brasília, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso em: 30/09/ 2018.

_____. **Decreto nº 57.125, de 19 de outubro de 1965**. Promulga a Convenção Internacional para proteção aos artistas intérpretes ou executantes, aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão.. . Brasília, 19 out. 1965. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-57125-19-outubro-1965-397457-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29/09/2018.

_____. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975**. Promulga a Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm> . Acesso em: 29/09/18

CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. **Imprensa Nacional–Casa da Moeda: Belém-Portugal**, 2005.

CATRACA LIVRE. **Conheça “Suda” o elefante desenhista**. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/criatividade/conheca-suda-o-elefante-desenhista/>>. Acesso em: 30/09/2018.

DEBOIS, Henri. **Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection de oeuvres littéraires et artistiques**. *Annuaire Français de Droit International*:1960. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1960_num_6_1_895> . Acesso em 29/09/2018.

DIGITAL TRENDS. **A Japanese AI program just wrote a short novel, and it almost won a literary prize**. Disponível em: <<https://www.digitaltrends.com/cool-tech/japanese-ai-writes-novel-passes-first-round-national-literary-prize/>>. Acesso em: 30/09/2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Schwarz vs Peta Foundation**. Northern District of California. Case No 15-cv-4324

GUADAMUZ, Andres. **Do androids dream of electric copyright? Comparative analysis of originality in Artificial Intelligence generated works**. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2981304>. Acesso em 20/09/2018.

GUADAMUZ, Andrés. The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. **Journal On Internet Regulation**, Brighton, v. 5, n. 1, p.1-12, 21 mar. 2016.

ING. **The Next Rembrandt**. Disponível em: <<https://www.nextrembrandt.com/>>. Acesso em: 30/09/2018.

LESSIG, Lawrence. Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. **The Penguin Press, New York**. 2004.

MCCARTHY, John. **What is artificial intelligence?**. 2007. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/>>. Acesso em: 30/09/2018.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

REINO UNIDO. **Copyright, Designs and Patents Act de 1988**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/part/II/chapter/II/crossheading/authorship-and-ownership-of-copyright>> . Acesso em 29/09/2018.

REINO UNIDO. **Estatuto da Rainha Ana de 1710**. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 30/09/2018

REINO UNIDO. **Guidance: Ownership of copyright works**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/guidance/ownership-of-copyright-works>>. Acesso em 29/09/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão nº 2012.053809-4**. Henrique dos Santos. LJP EDITORA GRÁFICA LTDA. Florianópolis, 03 fev. 2015.

SONY CSL. **Flow Machines**. Disponível em: <<http://www.flow-machines.com/>>. Acesso em: 30/09/2018.

SURDEN, Harry. Machine learning and law. **Wash. L. Rev.**, v. 89, p. 87, 2014.

WACHOWICZ, Marcos. **Direito Autoral**. A. Disponível em: <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo_marcoswachowicz_direitoautoral_6-1.pdf>. Acesso em: 29/09/ 2018.

WAEDELDE, Charlotte; BROWN, Abbe; *et al.* **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**. 4. ed. Oxford: Oxford, 2016.

WIPO. **Artificial intelligence and copyright**. 2017. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html>. Acesso em: 30/09/2018.

BULLYING E CIBERBULLYING: A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA NO ÂMBITO ESCOLAR

Data de aceite: 03/08/2020

Catharina de Mello Candido

<http://lattes.cnpq.br/0423702014849114>

Halan Cunha Rios

<http://lattes.cnpq.br/6225215596981414>

RESUMO: A intimidação sistemática, prática de atos violentos e intencionais tanto em atividades diárias como no âmbito tecnológico é denominada Bullying e/ou Cyberbullying. Estas ações são praticadas por indivíduos ou grupos com a intenção de causar danos físicos e psicológicos a terceiros. Este assédio físico/virtual tem se tornado cada vez mais frequente em nossa sociedade, se tornando prática comum entre crianças, jovens e adultos; Mais especificamente entre jovens em idade escolar. Escolhemos este tema por ser algo constante em nosso cotidiano, e acreditamos que este assunto deve ser discutido com a escola e sociedade de maneira geral.

Palavras-chave: Bullying, cyberbullying, intimidação sistemática.

ABSTRACT: The systematic intimidation, the action of violent and intentional acts practiced daily or virtually, is called bullying and/or

cyberbullying. These actions are performed by individuals or groups with the intention of causing physical and psychological harm to others. This kind of violence, physical, psychologic and/or virtual has come increasingly common in our society, becoming common practice among children, youngsters and adults; More specifically among young people of school age. We chose this theme because it is something constant in our daily lives, and we believe that this subject should be discussed with the school and all the society.

KEYWORDS: Bullying, cyberbullying, systematic bullying.

INTRODUÇÃO

O bullying tem se tornado cada vez mais, uma prática constante em nossa sociedade, seja no âmbito escolar, no trabalho ou no dia a dia das pessoas, este tipo de assédio físico ou psicológico - por vezes violento -, pode causar danos irreversíveis as pessoas. Além da violência “real”, o bullying também pode ser praticado por vias tecnológicas, também conhecido pela expressão cyberbullying.

Um estudante é considerado vítima de bullying quando é repetidamente exposto a ações negativas de parte de um ou mais

estudantes. Estas ações negativas podem dar-se na forma de contato físico, abuso verbal ou com expressões ou gestos rudes. Espalhar rumores e excluir a vítima de um grupo também são formas comuns de violência (MOURA; NOVA CRUZ; ÁVILA QUEVEDO 2011).

No Brasil os estudos sobre este assunto ainda são recentes, motivo pelo qual ainda utilizamos a expressão originalmente criada na língua inglesa que é desconhecida da maioria da população brasileira. A falta de informação da população prejudica muito a ambiente em que vivemos.

A maior dificuldade em se combater esse tipo de comportamento reside na forma como os recursos tecnológicos foram introduzidos comercialmente. Tanto a Internet como os telefones celulares têm como princípio a forma irrestrita de comunicação. Isso faz com que o adolescente não perceba a incorreção de seus atos e o dano que ele pode causar com a utilização inadequada desses recursos (NETO LOPES, 2007).

Pensando neste cenário, optamos por buscar uma solução que se adeque ao âmbito escolar, ambiente onde este tipo de ação se origina, se intensifica e se alastra para todos os níveis da sociedade. Focamos em tentar desenvolver ações que gerem empatia com os alunos, buscando despertar em cada um a consciência para erradicar estes atos nocivos ao bom convívio escolar/social.

O nosso projeto consiste em levantar as causas e conhecer as práticas mais frequentes de bullying/cyberbullying na escola para assim buscar o debate sobre este assunto através de reuniões, palestras e conversas dentro da escola; contando com o apoio e gestão de alunos, pais e funcionários.

Questiona-se se é possível compreender melhor o bullying e o cyberbullying para prevenir e conscientizar nossa sociedade partindo do círculo escolar?

JUSTIFICATIVA

Dados divulgados pela mídia brasileira em 2018 apontam que o Brasil é o segundo país no mundo com mais casos de cyberbullying entre crianças e adolescentes (IPSOS, 2018).

Pesquisa realizada pela ONU (2016) em 18 países indicam que cerca de 43% dos adolescentes sofreu algum tipo de bullying devido a aparência física, gênero, orientação sexual, etnia ou país de origem.

Nos dias de hoje o bullying e o cyberbullying são assuntos frequentes e duvidosos, mas poucos sabem a sua definição, este tema traz muitos problemas para os jovens de hoje em dia, e conviver em um ambiente onde esse assédio é normal pode se tornar um lugar nocivo. Por isso é necessário a identificação e a conscientização sobre os diferentes tipos de bullying e os problemas que este assédio traz aos jovens em nosso ambiente escolar.

OBJETIVO

O objetivo do projeto é reconhecer os diferentes tipos de violências físicas/virtuais sofridas dentro do ambiente escolar para podermos utilizar um método eficaz na conscientização sobre esse ato, e por meio disto alertar a gestão escolar e aos responsáveis sobre o tipo de violência que está sendo sofrida na escola, para que a conscientização seja feita em casa trata-se de um trabalho que a ser desenvolvido com a ajuda de todos, se adequando ao meio social ao qual se enquadra a escola.

METODOLOGIA

Optamos por aplicar um questionário estruturado (ANEXO I) com composto por perguntas de múltipla escolha e duas perguntas abertas.

Ao estruturar um questionário com a maioria das questões de múltipla escolha o fizemos pois desejávamos: facilidade de aplicação, processo e análise; facilidade e rapidez no ato de responder; pouca possibilidade de erros; diferentemente das dicotômicas, trabalhar com diversas alternativas (MATTAR, 1994).

Preparamos, discutimos as perguntas no nosso grupo de iniciação científica para verificação da compreensão das questões propostas. Aplicamos os questionários nos dias 23/09/2019 e 07/10/2019 e aplicamos questionários anônimos para traçar o perfil geral dos alunos do 7º e 8º ano da escola estadual Dinorah Silva dos Santos com o intuito de saber quais tipos de violência sofridas e praticadas nestas séries.

Após a realização das análises do resultado do questionário pretende-se organizar debates e reuniões de acordo com a faixa etária.

Nos 6º e 7º anos, iremos proporcionar o estudo de forma lúdica para que a assimilação seja mais eficiente, nos 8º e 9º anos, realizaremos palestras direcionadas, englobando todos os tipos de violência e como se prevenir.

RESULTADOS E CONSIDERAÇÕES

Dados da pesquisa realizada em 23/09/2019

Quantidade de alunos que responderam ao questionário anônimo : 29 alunos

Faixa etária : de 11 a 14 anos de idade

Gênero : meninas e meninos

Dados:

- 37,9% dos alunos pesquisados sofreram bullying

- 54,5% são meninas

- 45,5% são meninos
- 81,8% sofreu agressão verbal
- 9,1% sofreu agressão pela internet
- 9,1% não mencionou a agressão sofrida
- 45,4% das agressões foram feitas por meninos
- 45,4% das agressões foram feitas por meninos e meninas
- 9,1% não mencionou quem praticou as agressões
- 27,2% não mencionou o fato com ninguém
- 45,5% mencionou com seus familiares
- 27,3% mencionou com amigos
- 27,2% acreditam que sofreram bullying em razão de sua aparência
- 36,3% acreditam que sofreram bullying porque o agressor queria chamar a atenção
- 27,2% acreditam que sofreram bullying em razão de inveja
- 9,1% acredita que sofreu bullying porque o agressor tem problemas familiares
- 63,6% dizem que não praticam bullying
- 36,4% dizem que as vezes praticam bullying

Dados da pesquisa realizada em 07/10/2019

Quantidade de alunos que responderam ao questionário anônimo : 27 alunos

Quantidade de alunos que sofreram bullying : 23 alunos (02 não responderam)

Faixa etária : de 11 a 14 anos de idade

Alunos do 8º ano

Gênero : meninas e meninos

Dados :

- 77,77% dos alunos pesquisados sofreram bullying
- 52,38% são meninas
- 47,62% são meninos
- 100% sofreu agressão verbal
- 38,09% das agressões foram feitas por meninos
- 4,76% das agressões foram feitas por meninas
- 52,38%% das agressões foram feitas por meninos e meninas
- 4,76% não mencionou quem praticou as agressões
- 47,61% não mencionou o fato com ninguém
- 14,28% mencionou com seus familiares
- 19,04% mencionou com amigos
- 19,04% mencionou com amigos e familiares
- 52,38% acreditam que sofreram bullying em razão de sua aparência
- 33,33% acreditam que sofreram bullying porque o agressor queria chamar a atenção

- 4,76% acredita que sofreu bullying porque o agressor tem problemas familiares
- 76,19% dizem que não praticam bullying
- 19,04% dizem que as vezes praticam bullying
- 4,76% disse que pratica bullying

Dentre os resultados obtidos observamos que os alunos mais velhos relatam terem sofrido mais bullying do que os alunos de uma faixa etária menor. Uma das principais causas apontadas pelos alunos seria a inveja de terceiros.

Tendo como base as respostas nos questionários aplicados no 7º e 8º ano da Escola Estadual Dinorah Silva Santos respondidos por alunos e alunas com faixa etária entre 11 e 15 anos; Chegamos a conclusão de que grande parte dos estudantes ainda não se sente confortável em falar sobre este assunto.

Em 23 de setembro de 2019, vinte e nove alunos de ambos os sexos do 7º ano responderam o questionário anônimo aplicado por nós. Deste montante, menos de 40% dos alunos admitiram ter sofrido bullying, e mais de 60% admitiram que praticam bullying “as vezes”.

No questionário aplicado em 07 de outubro de 2019, vinte e um alunos de 13 a 15 anos de idade do 8º ano responderam o questionário. Deste montante, mais de 75% admitiram ter sofrido bullying, e menos de 5% admitem que praticam bullying.

Estes números nos mostram que a consciência se faz presente de acordo com o desenvolvimento intelectual dos alunos; sendo assim, acreditamos que a conscientização é a melhor ferramenta no combate à este tipo de assédio.

AGRADECIMENTO

Ao meu pai Neriomar de Mello Candido que foi nosso companheiro no desenvolvimento desse projeto e a nossa querida professora Jenifer Virgino dos Santos Xavier que me deu essa oportunidade e esteve ao meu lado todo tempo.

REFERÊNCIAS

INSTITUTO DE PESQUISAS DE MERCADO. 2017. Disponível em: < <https://www.ipsos.com/pt-br> > Acesso em 15 out. 2019.

LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. **J. Pediatr. (Rio J.)**, Porto Alegre, v. 81, n. 5, supl. p. s164-s172, Nov. 2005. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572005000700006&lng=en&nrm=iso>. access on 21 Oct. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0021-75572005000700006>.

MATTAR, F. N. (1994) *Pesquisa de marketing: metodologia, planejamento, execução e análise*, 2a. ed. São Paulo: Atlas, 2v., v.2.

MOURA, Danilo Rolim de; CRUZ, Ana Catarina Nova; QUEVEDO, Luciana de Ávila. Prevalência e características de escolares vítimas de bullying. *J. Pediatr. (Rio J.)*, Porto Alegre, v. 87, n. 1, p. 19-23, Feb. 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572011000100004&lng=en&nrm=iso>. access on 21 Oct. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0021-75572011000100004>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Ending the torment: tackling bullying from the schoolyard to cyberspace*. 2016. Disponível em: <https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/documents/publications/tackling_bullying_from_schoolyard_to_cyberspace_low_res_fa.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

ANEXO I

IDADE:

SEXO:

Questionário:

1) Na sua opinião qual é a definição de bullying?

2) Você já sofreu bullying?

3) O que praticam ou praticaram com você?

a) Agressão física (socos, chutes, tapas etc.)

b) Agressão verbal (xingamentos, apelidos ofensivos etc.)

c) Te ofendem pela internet

d) Te assediaram (passaram a mão, beijaram etc)

e) Não fazem nada

f) Outro?

4) Quem normalmente faz isso?

a) Meninos

b) Meninas

c) Os dois

d) Ninguém

5) Você já mencionou isso com alguém?

a) Não

b) Seus amigos

c) Seus familiares

d) Funcionários da escola

e) Outro

6) Por que você acha que isso acontece?

7) Você costuma colocar apelidos ofensivos xingar ou ofender seus colegas?

a) Sim

b) Não

c) As vezes

8) Na sua opinião o que a direção poderia contribuir com a diminuição de problemas na escola?

SOCIEDADE CIVIL E AS NOVAS PERSPECTIVAS INSTITUCIONAIS DEMOCRÁTICAS: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NA SEGURANÇA PÚBLICA

Data de aceite: 03/08/2020

Ronald Jean de Oliveira Henriques

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

<http://lattes.cnpq.br/6245941226113613>

RESUMO: Esse artigo tem por analisar, pós advento da Constituição Federal de 1988, que promoveu um processo de redemocratização no país, a influência exercida pela sociedade nas políticas estabelecidas para a segurança pública em território nacional. Sendo assim, o problema-tema que se pretende trabalhar está diretamente relacionado à participação da sociedade civil no debate sobre a segurança pública no Brasil, com limitação na análise da atuação das seguintes instituições: CONSEP – Conselho Comunitário de Segurança Pública, CONSEG – Conselho Nacional de Segurança Pública e Rede de Vizinhos. A metodologia adotada na investigação permite classificar a pesquisa como exploratória, com uso da técnica de pesquisa bibliográfica para coleta dos dados. Considerando-se a trajetória da segurança pública no Brasil, verificou-se que tal política, ao longo dos anos, se pautou em uma ideologia caracterizada por forte repressão, voltando-se à identificação, ao combate e à eliminação do

inimigo. No entanto, tendo a sociedade evoluído, passou-se a sentir necessidade de mudanças, direcionando-se o foco de organização da polícia para uma perspectiva preventiva, visando a promoção da ordem pública, a prestação de assistência à comunidade e sua orientação. Foi assim que se identificou, a partir da Constituição Federal de 1988, a necessidade de se promover novas formas de efetivação da democracia participativa, revelando-se a organização da segurança pública mais eficaz após esta Carta. Assim, atualmente, as instituições policiais, tendo para si o objetivo de desenvolver, junto à sociedade, maior credibilidade, buscam, atualmente, fomentar a participação da população, adotando forte veio preventivo e prestigiando a cidadania. Nesse âmbito, o Estado recorre a mecanismos capazes de estimular a participação popular, buscando, com isso, desenvolver uma estratégia capaz de reduzir a violência, colocando em prática ações de cunho educativo e preventivo.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública. Sociedade Civil. Democracia Participativa.

ABSTRACT: This article has to analyze, after the advent of the Federal Constitution of 1988, that promoted a process of redemocratization in the country, the influence exerted by the society

in the established politics for the public security in the national territory. Thus, the theme problem to be addressed is directly related to the participation of civil society in the debate on public security in Brazil, with limitation in the analysis of the performance of the following institutions: CONSEP – Community Public Security Council, CONSEG – National Council Public Safety and Neighbors Network. The methodology adopted in the investigation allows classifying the research as exploratory, using the bibliographic research technique for data collection. Considering the trajectory of public security in Brazil, it was found that such policy, over the years, was guided by an ideology characterized by strong repression, focusing on the identification, combat and elimination of the enemy. However, as society has evolved, there is a need for change, with a focus on police organization from a preventive perspective aimed at promoting public order, providing assistance to the community and providing guidance. It was thus identified, from the Federal Constitution of 1988, the need to promote new forms of effective participatory democracy, revealing the most effective organization of public security after this Charter. Thus, currently, the police institutions, having for themselves the goal of developing greater credibility with society, are currently seeking to foster the participation of the population, adopting a strong preventive approach and honoring citizenship. In this context, the State uses mechanisms capable of stimulating popular participation, thereby seeking to develop a strategy capable of reducing violence, putting into practice educational and preventive actions.

KEYWORDS: Public Security. Civil society. Participatory Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

A democratização política experimentada no final da década de 1980 é certamente importante marco para o direito brasileiro, especialmente em razão das mudanças promovidas na relação estabelecida entre a sociedade e polícias, atribuídas que foram como parte integrante de um processo de concretização do regime democrático, advindo de fortes pressões sociais pela adoção de modelos de polícia e de política no país.

Entretanto, há que se considerar que, tão importante quanto a continuidade das teorias, saberes e práticas que conduzem à constatação, a partir da análise de elementos vários, de que o Estado democrático se limita à reprodução de relações que serviam a um governo ditatorial, é compreender que a segurança pública, nesse contexto, se subsumia as forças policiais, o que, mesmo após o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, não se alterou. Assim, muito embora o contexto fático fosse de um regime democrático, o que se estabeleceu no texto constitucional não correspondeu aos anseios dele oriundos, já que não se conseguiu pensar a segurança pública para além de aspectos gerenciais da atividade policial e relativos à lógica estabelecida no direito penal.

De fato, ao se analisar a história recente da segurança pública no país, verifica-se que esta vem sendo marcada por mudanças incompletas, que não dão sustentação aos ganhos obtidos ao longo dos anos, como a redução do índice de homicídios entre

2000 e 2014 verificado em São Paulo, e demandas acumuladas. Tudo isso se dá pela ausência do estabelecimento de padrões, regras de conduta ou normas técnicas capazes de promover modificações nas culturas institucionais, que, repise-se, ainda se encontram pautadas na defesa do Estado, não se dirigindo realmente à defesa da sociedade – basta perceber a atuação das polícias às manifestações sociais ocorridas no país em julho de 2013, intercalando ações que ora revelavam excesso, ora omissão.

O fato é que, diante da ausência de um projeto de governança da segurança pública no Brasil, com a promoção de um alinhamento das políticas estabelecidas aos quesitos da garantia de direitos humanos e da democracia, o que se tem são instituições de justiça criminal e policiais que não experimentaram reformas consideradas significativas em suas estruturas, revelando-se insuficientes as que foram promovidas na legislação penal e na gestão policial para fazer frente à tentativa de redução da incidência da violência urbana, demonstrando-se, assim, evidência da falta de controle e coordenação existentes no país quanto às tratativas dispensadas à questão.

Diante de tais apontamentos, propõe-se como objetivo geral para o presente artigo analisar, pós advento da Constituição Federal de 1988, que promoveu um processo de redemocratização no país, a influência exercida pela sociedade nas políticas estabelecidas para a segurança pública em território nacional.

Para atingi-lo, os objetivos específicos delimitados são os seguintes: traçar um panorama da criminalidade no Brasil, correlacionando os fatos às políticas de segurança pública estabelecidas no país; investigar a introdução de novos atores e temas no debate conduzido sobre a segurança pública no Brasil, em especial, a sociedade civil; investigar o propósito da criação do CONSEP – Conselho Comunitário de Segurança Pública, CONSEG – Conselho Nacional de Segurança Pública e Rede de Vizinhos, estabelecendo a sua contribuição para as tratativas conferidas à temática no contexto brasileiro.

O problema-tema que se pretende trabalhar está, pois, relacionado diretamente à participação da sociedade civil no debate sobre a segurança pública no Brasil, estando este limitado à análise da atuação das seguintes instituições: CONSEP, CONSEG e Rede de Vizinhos.

A justificativa para a escolha do tema se pauta na necessidade sentida de suscitar o debate proposto, analisando a questão sob a perspectiva da importância da inclusão da sociedade civil nas discussões travadas sobre a segurança pública no país, percebendo os avanços e possíveis retrocessos experimentados com tal iniciativa, buscando-se, assim, analisar a influência por ela exercida no estabelecimento de políticas públicas para a área.

O propósito básico se pauta, especialmente, na demonstração de que, muito embora a influência seja real, é fato que persiste, ainda, a necessidade de se realizar reformas estruturais nos modelos de justiça criminal e segurança pública adotados no país, já que os que estão em vigor não atendem com eficiência o anseio de promoção de uma

sociedade segura e atenta à garantia de direitos constitucionais.

2 | DESENVOLVIMENTO

A metodologia adotada para embasar o presente artigo permite classificar a pesquisa como exploratória, com uso da técnica de pesquisa bibliográfica para coleta dos dados.

A pesquisa exploratória tem por finalidade proporcionar maior familiaridade com o problema, buscando fazer com que ele fique mais explícito. Serve, também, à construção de hipóteses (GIL, 2010). Conforme Vergara (2013), a maioria das pesquisas exploratórias abrange levantamento bibliográfico; realização de entrevistas com pessoas que tenham experiências práticas relacionadas ao problema de pesquisa; e a análise de situações-paradigma que estimulem a compreensão. Um dos tipos de pesquisa exploratória é a bibliográfica, eleita como técnica de coleta de dados nesse artigo.

A pesquisa bibliográfica é aquela conduzida a partir do levantamento de teoria que já foi objeto de análise anterior, reunida em trabalhos escritos, publicados em meio impresso e/ou eletrônico, tais como artigos científicos, livros, teses, dissertações, páginas de *web sites*, dentre outros (GIL, 2010). Segundo Vergara (2013), qualquer trabalho científico tem o seu início em uma pesquisa bibliográfica, já que, por meio dela, o pesquisador consegue obter informações sobre o seu objeto de estudo.

A abordagem do problema é do tipo qualitativa, já que se trata este do tipo de pesquisa cuja preocupação não reside na representatividade numérica. Antes, busca aprofundar a compreensão de uma organização, de um grupo social etc.. Ao adotar esse tipo de abordagem, o pesquisador se opõe ao pressuposto segundo o qual deve haver um único modelo de pesquisa para todas as ciências, pois assume a especificidade das ciências sociais, que exigem metodologia própria (MINAYO, 2010).

A análise dos dados é crítica de conteúdo, apresentada por Bardin (2011), corresponde a

[...] um conjunto de técnicas de análise das comunicações, visando a obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens (BARDIN, 2011, p. 47).

Trata-se a análise crítica de conteúdo, segundo Bardin (2011), de uma das técnicas de tratamento de dados em pesquisas qualitativas.

3 | REVISÃO DE LITERATURA

Conforme Avritzer e Domingues (2000), a democracia deve ser concebida como sendo um dos fatores decisivos para explicar a modernidade, dentre outros, como o capitalismo, a divisão do trabalho e a racionalização. Ao assim pontuarem, relembram que

a arte da associação, a liberdade cidadã e a democracia, como exposta por Tocqueville, são, na verdade, respostas dadas à perda, na modernidade, da capacidade de ação seguindo valores. Para os autores, desde que se evitem as por eles denominadas “ciladas da diferença”, é possível garantir um horizonte de mudança social a partir de formas institucionais que proporcionem condições fáticas para a proliferação de particularidades coletivas sem que isso represente prejuízos às normas universais democráticas.

Tratando-se, ainda, aspectos relativos às reivindicações sociais, Holston (2013), em sua obra, conduz discussão sobre a emergência de uma cidadania urbana que tem como espaço as grandes cidades, revelando-se nelas, também, o seu objeto de reivindicações. É, conforme o autor, em seu âmbito que se irrompem manifestações demandando acesso a direitos, servindo, ainda, para denúncia de injustiças e desestabilização de privilégios que estão historicamente enraizados nas leis e costumes brasileiros.

Ao se analisar o histórico da segurança pública no país, verifica-se que, a partir da promulgação do texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, elaborada em período posterior à Ditadura, inaugurou-se um conceito inovador de segurança, que, estampado na Carta Constitucional, passou a ser assim apresentado:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares (BRASIL, 1988).

O texto da Carta de 1988 revela uma autonomia conferida aos Estados para condução da política de segurança pública, expressando, assim, uma descentralização. A partir de então, tanto o resguardo da ordem pública como a tomada de ações preventivas da violência passaram a ser inseridas na esfera de atribuições das instituições policiais (AVRITZER, 2008).

O fato é que, consigo, a Constituição de 1988 introduziu diversas mudanças na sociedade. Em relação à segurança pública, no entanto, algumas questões do texto magno anterior foram mantidas, como, por exemplo, relativa à atuação da Polícia Militar, que continuou com o seu estigma de aparelho controlador de uma maioria excluída, concretizando, com isso, uma ideologia de controle social, funcionando como dispositivo que representa o poder disciplinador coercitivo (AZEVEDO; FAGUNDES, 2007; BATTIBUGLI, 2012).

Tomando-se como base o caminho traçado para tratativas relativas à segurança pública no país, verifica-se que essa política tenha seguido pautada, no decorrer dos anos, em uma ideologia de características repressoras, voltada à identificação, combate e eliminação do inimigo (AVRITZER, 2008; SÁ E SILVA; DEBONI, 2012).

No entanto, cumpre ressaltar que, tendo a sociedade evoluído, evoluíram, também, as suas necessidades, o que fez com que a polícia viesse a se organizar sob uma perspectiva ideológica preventiva. O objetivo de assim agir está relacionado à promoção da ordem pública, à assistência a ser prestada à comunidade e a sua orientação (AZEVEDO; FAGUNDES, 2007; SÁ E SILVA; DEBONI, 2012; MADEIRA; RODRIGUES, 2015).

Acerca especificamente da expressão “ordem pública” inserida no texto da Constituição Federal de 1988, apresentada como importante função atribuída à segurança pública, tem-se esta como sendo a necessidade que o Estado possui de assegurar, de forma efetiva, o funcionamento dos serviços públicos, promovendo, de igual forma, o acesso da sociedade às políticas de habitação, segurança, saúde e educação. Além disso, tem-se ainda um desfazimento da concepção até então vigente de uma segurança pública pautada na Justiça Criminal, com maior articulação entre os atores sociais, mostrando, assim, melhor afirmação com o texto da Carta Magna vigente (BATTIBUGLI, 2012).

Em 2000, contudo, à Política Nacional de Segurança Pública foi apresentado o desafio de identificar um planejamento estratégico que pudesse contemplar, de forma plena, todas as esferas governamentais (municipal, estadual, distrital e federal). Foi então que surgiu o Plano Nacional de Segurança Pública – PNSP, instituído pela Medida Provisória nº 2.029, com a finalidade de aprimorar o sistema de segurança pública no Brasil, por meio da assunção de compromissos estratégicos que possam relacionar as políticas implementadas em prol da segurança às ações de natureza comunitária, promovendo, assim, uma participação direta da população, na melhor manifestação da noção de democracia participativa (AVRITZER, 2008; SÁ E SILVA; DEBONI, 2012).

No entanto, o PNSP não ficou imune às críticas, que surgiram com o objetivo de suscitar reflexões acerca de seus aspectos positivos e negativos. De todo modo, o que se deve ter em mente é que toda política pública impacta diretamente tanto indivíduo em sua singularidade como a coletividade, razão pela qual a adesão popular deve ser concebida como uma ferramenta de crucial importância para a legitimação da cidadania (MADEIRA; RODRIGUES, 2015).

Decorridos três anos da implementação do PNSP, o Ministério da Justiça – MJ criou no país o Sistema Único de Segurança Pública – SUSP, com o objetivo de integrar as ações das três esferas governamentais (municipal, estadual e federal), sem, contudo, interferir no aspecto “autonomia” de cada um dos entes federados. Deve-se, ainda, ressaltar que a integração proporciona maior racionalização e economia de recursos, o que ressalta ainda mais a sua contribuição para o país (AZEVEDO; FAGUNDES, 2007; CARVALHO; SILVA, 2011).

A partir da implementação do SUSP, passou-se a monitorar o planejamento estratégico, assegurando transparência ao processo, com o objetivo de verificar quais os instrumentos e métodos que devem ser aplicados no esforço de combate à violência. Entretanto, somente em 2007 esse sistema foi regulamentado, o que foi feito por meio da instituição do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, cujo foco é direcionado à prevenção (CARVALHO; SILVA, 2011).

O PRONASCI é um projeto de articular as políticas de segurança e ações sociais, com vista a resolver as causas para a violência. O público-alvo é profissionais de segurança, as pessoas que estiveram ou estão em conflito com a lei, prisioneiros ou ex-prisioneiros, e também um reservista (susceptíveis de serem atraídos para a gestão das armas adquiridas durante o serviço militar).). O programa de controle depende da participação da sociedade (CARVALHO; SILVA, 2011; MADEIRA; RODRIGUES, 2015).

O programa foi criado para atuar na luta contra o crime e suas causas, priorizando a integração entre a polícia ea comunidade nos territórios de paz, locais (comunidades) selecionados para realizar ações deste programa, tais como: local de policiamento comunitário, Canal Comunidade, as medidas de urbanização, projetos educacionais, programas desportivos e de entretenimento, e os Conselhos comunitários de Segurança Pública, entre outros. A intenção era servir como uma alternativa a um modelo político da segurança pública focada em ações corretivas, levando a atividades de prevenção (MADEIRA; RODRIGUES, 2015).

4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

O indivíduo tem o direito de ajudar o Estado na organização de ações de segurança pública, recuperar caráter cidadãos, comprometidos com a realização de programas destinados a reduzir a insegurança da população e viola com estigmas cerca populares zona de adesão (CARVALHO; SILVA, 2011; ABERTO JÚNIOR, 2017).

Aumento da violência aparece cidadão faz com que o movimento na parte da sociedade, gerando uma taxa para poder estatal. Este movimento, por sua vez, leva à conclusão de que “não só é útil para reduzir os índices de violência, também é necessário reduzir a insegurança sentindo” (CARVALHO, 2011).

Na verdade, a segurança pública não é apenas um problema para a polícia: a ser discutido e assumiu como tarefa de todos, Estado e população. Sabe-se que a insegurança da população e crime reduzindo são questões imediatas, no entanto, dado o estágio atual, esta questão não apenas especialistas na área, mas uma iniciativa entre os governos federal, estadual, municipal. , Sociedade civil e outras organizações (MADEIRA, 2012; ABREU JUNIOR, 2017).

Uma das formas para efetuar o processo democrático é a participação popular nas

decisões políticas, em face de constantes mudanças na sociedade, como o aumento das necessidades da população. Muitas áreas tais como saúde, educação e bem-estar acompanham a evolução da participação popular nas decisões do governo e segurança pública. Essa questão, portanto, demonstrou relevância devido ao aumento da violência e o sentimento de insegurança sem precedentes. O papel da sociedade civil é essencial para melhorar as políticas públicas, uma vez que a integração entre o Estado e a sociedade civil, permite que a democracia considere as aspirações populares (MADEIRA; RODRIGUES, 2015).

5 | CONCLUSÃO

Com base na trajetória apresentada pela segurança pública no Brasil, a visão aqui foi que esta política foi guiada, ao longo dos anos, uma ideologia dominante, características repressivas, como identificar, combater e eliminar - não. Quando começou a lidar com a segurança e proteção, a cada período político apresentou-se em predizer antidemocrático, repressiva e estigmatizada.

Durante muito tempo, a segurança pública não era uma prioridade para o governo. Daí a dificuldade de identificar os responsáveis, metodologias e articulação para promover o bem-estar da sociedade, que gerou consequências de proporções surpreendentes.

A garantia dos direitos, como um objetivo social, e a iniciativa da Constituição Federal de 1988 têm vindo a criar novas maneiras de alcançar a democracia participativa. Ao passar através da história, ao que parece, passos lentos e curtos, segurança pública tenta organizar-se de forma mais eficaz após a promulgação da Constituição de 1988. Este fato mostra um grande progresso no Brasil, onde \ t integra medidas de responsabilidade federal, estadual e municipal, tornando possível para executar a gestão do problema de segurança pública mais elaborada.

Tendo em vista novos acordos para a segurança pública, o governo desenvolver um programa para minimizar a sensação de falta de segurança da população e também para realizar o planejamento estratégico, era necessário. PRONASCI foi um avanço relevante na história da segurança pública no Brasil, considerando a reestruturação das instituições policiais, no âmbito operacional e qualificação, e com a colaboração dos atores sociais contexto complexo. Além disso, a iniciativa promoveu a articulação da rede social não foi usado para dar informações e ajudar a melhorar as atividades sociais.

Assim, a relação entre o Estado e a sociedade civil tem permitido a construção de um modelo de gestão inovador - no entanto, limitações. Na política de segurança pública, enfrentou muitos desafios, tais como a adesão de alguns profissionais e sua sociedade com a sua abordagem com a finalidade de desenvolver um novo paradigma no setor.

Com o estigma autoritário e repressivo, as instituições policiais, de frente a fim de

estabelecer mais credibilidade na sociedade, hoje abraçar a colaboração da população, com o objetivo de reverter esses pilares, fazendo linhas prevenção e elevar a cidadania. Neste contexto, o Estado conta com mecanismos para estimular a participação popular para desenvolver o planejamento estratégico para reduzir a violência e pôr em prática educacional e ações preventivas.

Podemos concluir do exposto que o tema abordado aqui é atual e polêmico. Assim, o objetivo não é fechar a questão, mas podem continuar a levantar questões / elevar o debate.

REFERÊNCIAS

ABREU JUNIOR, Nilson Tavares Pereira de. **O “Projeto Bolsa Formação” do PRONASCI, na política de segurança pública: uma avaliação na perspectiva dos egressos do Corpo de Bombeiros Militar do Maranhão.** Dissertação (Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas), Universidade Federal do Maranhão, São Luís/MA, 2017.

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, p. 43-64, jan. 2008.

_____; DOMINGUES, José Maurício (Org.). **Teoria social e modernidade no Brasil.** Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2000.

AZEVEDO, Rodrigo G.; FAGUNDES, Andréia. A municipalização da segurança pública no Brasil: pressupostos teóricos e critérios para a implementação de políticas públicas de segurança. **Revista de Estudos Criminais**, n. 26, p. 89-106, 2007.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** São Paulo: Edições 70, 2011.

BATTIBUGLI, Thaís. As iniciativas federais e as influências na política pública de segurança paulista. **Revista Estudos de Política**, v. 1, n. 2, p. 50-73, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Promulgada em 05/10/1988.

CARVALHO, Vilobaldo A.; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. **Katálisis**, v. 14, n. 1, p. 59-67, jan./jun. 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no brasil.** Tradução de Claudio Carina, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MADEIRA, Lígia Mori; RODRIGUES, Alexandre Ben. Novas bases para as políticas públicas de segurança no Brasil a partir das práticas do governo federal no período 2003-2011. **Rev. Adm. Pública.** Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 3-21, jan-fev. 2015.

MADEIRA, Lígia M. **A implementação do Pronasci na Região Metropolitana de Porto Alegre: um estudo sobre o processo e a efetividade da federalização das políticas públicas de segurança pública.** Relatório de Pesquisa referente ao Edital 003/2009 ARD, Fundação de Amparo à Pesquisa no Rio Grande do Sul — FAPERGS. Porto Alegre, 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. (Coleção temas sociais).

SÁ E SILVA, Fabio de; DEBONI, Fabio. Participação social e governança democrática na segurança pública: possibilidades para a atuação do Conselho Nacional de Segurança Pública. **Texto para discussão**, 1714. Brasília: IPEA, 2012.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO AO RESSARCIMENTO POR DANOS DECORRENTES DE CONDUTAS ÍMPROBAS

Data de aceite: 03/08/2020

Luiz Egon Richter

Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC

<http://lattes.cnpq.br/5234684290204616>

<https://orcid.org/0000-0001-5451-9914>

RESUMO: O tema é a improbidade administrativa e a imprescritibilidade das ações de ressarcimento; o problema: se à luz do conceito de boa administração pública, baseado em elementos extraíveis da Constituição Federal, é possível sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 852.475-SP. O objetivo geral é saber se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, encontra guarida em face da noção de boa administração pública. A síntese conclusiva é a de que embora o Acórdão em nenhum momento se reporta à noção de boa administração pública, como vetor interpretativo da Constituição Federal, a boa administração pública impõe à Administração Pública, além

do cumprimento de suas funções teleológicas, zelar pelo patrimônio público; é constitucional a prescrição para apuração de ilícitos, mas não é constitucional a prescrição para as ações de ressarcimento.

PALAVRAS - CHAVE: Improbidade administrativa – imprescritibilidade – ressarcimento – boa administração pública

RESUMEN: El tema es la improbidad administrativa y la imprescriptibilidad de las acciones de compensación; El problema: si a la luz del concepto de buena administración pública, basado en elementos extraíbles de la Constitución Federal, es posible sostener la imprescriptibilidad de las acciones de reembolso a la administración pública basadas en la práctica del acto doloso tipificado en la Ley de Improbabilidad Administrativa, de acuerdo con la decisión del Tribunal Supremo Federal en RE 852.475-SP. El objetivo general es saber si la imprescriptibilidad de las acciones de reembolso a lo erario, basadas en la práctica del acto intencional tipificado en la Ley de Improbidad Administrativa, encuentra refugio frente a la noción de buena administración pública. La síntesis concluyente es que, aunque la decisión en ningún momento se refiere a la noción de buena administración pública, como

un vector interpretativo de la Constitución Federal, la buena administración pública impone a la Administración Pública, además de la duración de sus funciones teleológicas, cuidar los bienes públicos; el estatuto de prescripciones para investigar actos ilícitos es constitucional, pero el estatuto de prescripciones para acciones de compensación no es constitucional.

PALABRAS - CLAVE: Improbidad administrativa – imprescritibilidad – compensación – buena administración pública.

1 | INTRODUÇÃO

Este artigo tem como tema a improbidade administrativa e a imprescritibilidade do ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade administrativa dolosos a partir da decisão do STF, tendo como pano de fundo o conceito de boa administração pública. Tem-se como problema investigar se à luz do conceito de boa administração pública, baseado em elementos extraíveis da Constituição Federal, é possível sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 852.475-SP.

O objetivo geral é saber se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, encontra guarida em face da noção de boa administração pública. Na perspectiva temporal, a investigação leva em consideração entendimentos contemporâneos do Supremo Tribunal Federal, a legislação acerca da improbidade administrativa e a noção de boa administração pública. O texto transita pela Teoria dos Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Os objetivos específicos tem como foco os elementos definidores e as características da improbidade administrativa; a noção de boa administração pública e a conexão com a Constituição federal e a decisão do Supremo do Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário n.º 852.475-SP, que mitigou a imprescritibilidade do direito ao ressarcimento para os casos de danos ao erário decorrente de conduta culposa.

2 | DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Na perspectiva do direito positivo, a Constituição Federal preconiza em seu artigo 37, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, entre outras diretrizes, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, consoante o

parágrafo 4.º.

Este conjunto de princípios setoriais que devem ser observados pela Administração Pública e as diretrizes punitivas para o agente público que não agir de forma honesta no tratamento da coisa pública está em sintonia com a concepção de Estado Democrático de Direito que tem como fundamento o conjunto de princípios fundamentais, de onde se extraem e se irradiam os valores embasados na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana; nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; no pluralismo político e, ainda, que todo o poder emana do povo, cujo exercício se opera por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Extraí-se do conjunto de princípios fundamentais, valores que orientam para a concretização da democracia, dos direitos da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da participação e da transparência entre outros, de sorte que o exercício da função pública não pode se desviar dos princípios e dos valores contemplados na organização política e jurídica brasileira. Neste contexto, ressalta-se que a Administração Pública é orientada por um conjunto de princípios setoriais que mantêm importante conexão com os princípios fundamentais, os objetivos fundamentais e os direitos fundamentais, dado que cabe à ela a execução de políticas públicas, a prestação de serviços públicos, entre outras atividades, com o propósito de concretizar os objetivos e os direitos fundamentais.

O princípio da legalidade, a partir da concepção de Estado Democrático de Direito passou a ter um sentido mais amplo, transcendendo a ideia da legalidade formal para uma ideia substancial em conexão com valores fundantes, como por exemplo, a moralidade e a probidade e, por consequência, passa a ser tratado como o princípio da juridicidade¹. Para Celso Antônio Bandeira de Mello², a Administração Pública e seus agentes têm a sua atuação condicionada à princípios éticos. “Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, [...]”

Neste sentido o voto do Ministro Alexandre de Moraes³, ao relatar o Recurso Extraordinário 976.566-Pará: “A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.85.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 19ª edição, revista e atualizada até a emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 976.566 Pará, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 13-9-2019, P, DJE de 26-9-2019, Tema 576. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750963616>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.”

Assim, o princípio da juridicidade impõe a todos os agentes públicos atuação em conformidade com a lei e o Direito, ou seja, a observância obrigatória das regras e dos princípios que regem a boa administração pública, notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Contudo, o princípio da juridicidade impõe a observância também dos princípios fundamentais e seus elementos políticos e sociais, os objetivos fundamentais e seus elementos sociais e os direitos fundamentais e seus elementos jurídicos, políticos e sociais, sem prejuízo da necessária observância de todos os valores que se irradiam para as relações jurídicas, públicas e privadas.

O princípio da moralidade, em particular, orienta para a inexorável honestidade no exercício da tutela do interesse público, de sorte que qualquer função da Administração Pública deve estar em sintonia com o valor honestidade. Por essa razão, os ilícitos de natureza ímproba historicamente estão associados a alguma forma de corrupção dos valores, que orientam a boa administração pública. Por isso a Constituição impõe que a Administração pública e o agente público atuem orientados por um padrão ético e, por consequência afaste a desonestidade por parte do agente contra o Estado e a sociedade no trato da coisa pública. É também no princípio da moralidade que se sustenta a punição e o ressarcimento pelos danos decorrentes de ação ímproba.

É com esta finalidade que o artigo 5.º, da Lei de Improbidade Administrativa dispõe que em ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano e, o artigo 6.º, preconiza que no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. Ademais, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, com o propósito de assegurar o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Com o propósito de vincular o comportamento honesto dos agentes públicos no trato da coisa pública, é que a Constituição Federal elencou como um dos princípios setoriais da Administração Pública, a despeito de sua projeção para todo o ordenamento jurídico, o princípio da moralidade pública e, também, estabeleceu as diretrizes para os atos de improbidade administrativa com o propósito de condicionar a atuação da Administração Pública e dos agentes públicas á padrões ético-comportamentais. Em atenção às diretrizes constitucionais, a Lei de Improbidade Administrativa, preconiza em seu artigo 4.º, que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Entende-se que existe uma imperatividade constitucional do princípio da moralidade, na perspectiva das lições de Maurice Hauriou citado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, no sentido de que a moralidade administrativa compreende um “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, que é a moral institucional, de onde se extraem normas que distinguem não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto, em síntese, atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé⁴. Sempre que o agente público infringir a moralidade administrativa, assim como o desprezo pela ordem institucional, ocorre a violação do princípio da boa administração, que deve ser o inafastável suporte ético da atividade administrativa pública.⁵

Não é por outra razão que a Constituição Federal impôs tratamentos sancionatórios distintos entre os ilícitos civis, penais e político administrativos, conforme letra do Ministro Alexandre de Moraes⁶, ao relatar o Recurso Extraordinário RE 976.566 Pará: “[...] os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

Assim, no plano do direito infraconstitucional o Congresso Nacional instituiu a Lei federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, para efeitos de definir os atos de improbidade e instrumentalizar os meios punitivos aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, sem prejuízo dos instrumentos de responsabilização penal, civil e administrativa. Caracterizam-se como atos de improbidade administrativa, por força da Lei de Improbidade Administrativa, os atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário, que concedem ou aplicam indevidamente benefícios financeiros ou tributários e que atentam contra os princípios da Administração Pública no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ressalta-se que a improbidade administrativa não se confunde com mera ilegalidade, dado que a configuração do ato de improbidade administrativa exige, além de conduta tipificada, o elemento subjetivo, dolo ou culpa. O tratamento conferido pelo ordenamento jurídico à mera ilegalidade é diferente do tratamento dado aos atos de improbidade administrativa, que se caracteriza como uma ilegalidade que tipifica comportamentos e

4 Neste sentido a Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, a qual preconiza no artigo 2º, caput, que o princípio da moralidade como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, impõe uma “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 976.566 Pará, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 13-9-2019, P, *DJE* de 26-9-2019, Tema 576. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750963616>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

ao mesmo tempo qualificada pelo elemento subjetivo comportamental do agente público ou do terceiro em face do tipo legal. Neste sentido, “não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade” (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI).⁷

A Lei de Improbidade Administrativa elenca como sujeitos passivos, aquelas que sofrem os efeitos dos atos de improbidade administrativa, as pessoas político-administrativas e suas respectivas administrações públicas diretas e indiretas e, também, as pessoas beneficiadas por recursos públicos, consoante a disposição do parágrafo único do artigo 1.º. Como sujeitos ativos, aquelas pessoas que praticam atos de improbidade administrativa, os agentes públicos e terceiro. O artigo 2.º reputa como agente público, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Alcança inclusive os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental 3.240-DF⁸: “1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. [...] 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil.”

Sujeita-se, também, à Lei de Improbidade Administrativa, no que couber, o terceiro, que mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficia, direta ou indiretamente. O entendimento esposado pelo pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.405.748 - RJ⁹, no sentido de que: I – A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República. [...] III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE852475votoAM.PDF>> Acesso em: 27 de junho de 2020.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. 3.240-DF. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

9 BRASIL. Superior Tribunal de justiça. REsp 1.405.748 – RJ. Relatora Ministra Marga Tessler (Juíza federal Convocada do TRF 4.ª região). Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100802/Julgado_1.pdf> . Acesso em: 20 de junho de 2020.

o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público. IV – Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no polo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas.

Ao tratar das tipologias acerca da improbidade, a Lei de Improbidade Administrativa agrupou em quatro artigos as distintas categorias, sendo que os artigos 9.º, 10º e 11º são originários e o 10-A foi inserido pela Lei Complementar de n.º 157, de 29 de dezembro de 2016. O artigo 9.º cuida dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, quando o autor auferir “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da lei. Tem como elemento objetivo a tutela do bem jurídico enriquecimento legítimo, justo e moral e, como elemento subjetivo, o dolo, dado que a culpa não se compadece com a fisionomia do tipo.¹⁰

O artigo 10 tem por objeto os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário que se caracterizam por “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º” O elemento objetivo é a tutela da preservação do patrimônio público em sentido amplo, independentemente de ter enriquecimento ilícito por parte do agente público, por isso os elementos subjetivos podem ser tanto o dolo como a culpa.

O artigo 11 cuida dos atos de improbidade administrativa “que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”. O elemento objetivo é a tutela da boa administração pública, baseada nos princípios constitucionais e infraconstitucionais que orientam a Administração Pública, por isso se caracteriza independentemente de enriquecimento ilícito e danos ao erário. O elemento subjetivo é o dolo, embora entendimentos divergentes no sentido de que não se exige dolo ou culpa, bastando o comportamento ilícito ou imoral.¹¹

O artigo 10-A cuida dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. “Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.” O elemento objeto é também a tutela da preservação do patrimônio público em sentido amplo, independentemente de ter enriquecimento ilícito por parte do agente público e o elemento subjetivo parece ser o dolo, porque parece improvável ação culposa capaz de conceder, aplicar ou manter

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

11 JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. *Interlocuções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. Barbarói, Edição Especial, n. 42, p. 268-287, 2014.

benefício financeiro ou tributário.

Feitos estes apontamentos sobre os atos de improbidade administrativa e o seu objeto genérico que é a tutela da moralidade pública, dado que todos as categorias e os atos de improbidade em espécie, agridem o Estado Democrático de Direito que assegura ao cidadão o direito público subjetivo a ter uma administração pública, não só em conformidade com a lei e com o Direito, mas ajustada aos valores mais nobres extraíveis da Constituição Federal, que embasam a boa Administração Pública. Na sequência far-se-á breve abordagem sobre o direito fundamental à boa Administração Pública, como parâmetro para analisar a sustentabilidade da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

3 | DA NOÇÃO DE BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Administração Pública ao exercer suas atividades representa uma interface crítica entre o Estado e seus cidadãos, pois faz a mediação das operações que transformam as aspirações jurídicas dos direitos humanos em realidade concreta.¹² As ações da Administração Pública se operam através de escolhas, as quais devem ser caracterizadas no Estado Constitucional como escolhas administrativas legítimas, portanto, em sintonia com os princípios, comprometida com os objetivos fundamentais e com o propósito de concretizar os direitos fundamentais. Neste contexto, a boa administração pública se orienta pelo princípio da legalidade associado aos princípios fundamentais e os princípios setoriais da Administração Pública, assume compromisso com os objetivos fundamentais e tem como finalidade a concretização dos direitos fundamentais o que em síntese representa a concretização social dos direitos da cidadania.

A cidadania é um dos eixos em torno do qual está desenhada a estrutura, a organização e o funcionamento dos poderes do Estado, notadamente informados pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais. Por isso no Estado de Democrático de Direito é fundamental que governantes e administradores da coisa pública se habituem à prestação de contas sobre suas decisões. “En El Estado de derecho, es fundamental que gobernantes y administradores de la cosa pública se habitúen a la rendición de cuentas sobre sus decisionoes y, sobre todo, que El poder se ejerza desde da explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparencia, desde la motivación e la posición que se tiene desde arriba.”¹³

12 ABRAHAM, Ann. Good administration: why we need it more than ever. *The Political Quarterly*, v. 80, n. 1, p. 25–32, January/March 2009. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-923X.2009.01964.x/abstract>>. Acesso em: 02 fev. de 2016.

13 RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen Gobierno y la Buena Admnistración de instituciones* Públicas: adaptado a la Ley n.º 5 de 2006 de 10 de abril., 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 38.

Portanto, a boa administração pública deve democrática, comprometida com os valores da moralidade pública, da transparência, da impessoalidade, eficiência entre outros. Neste contexto a boa administração deve se valer de critérios objetivos que permitem aferir as ações e até mesmo as omissões. Assim é possível avaliar objetivamente as administrações públicas acerca das políticas públicas, da prestação de serviços públicos, do exercício da função de polícia, da intervenção do Estado na economia e propriedade privada, da tutela da preservação do patrimônio público, a observância dos princípios que regem a administração pública, entre outros.

O tema, boa administração pública está previsto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴, onde foi formalmente apontado como direito fundamental, em seu artigo 41, o qual prevê o Direito à boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Neste contexto, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, baseado na Constituição Espanhola de 1978, afirma que a função precípua dos poderes públicos é a promoção do exercício da liberdade e da igualdade dos indivíduos, de forma a integralizar e tornar pleno o acesso e a participação na vida política, econômica, cultural e social. Para o autor, boa administração pública é aquela que cumpre as funções que lhe são próprias na democracia. Isto é, uma administração pública que serve objetivamente ao público, que realiza seu trabalho racionalmente, justificando suas ações e que é continuamente orientada para o interesse geral. Um interesse geral que no Estado social e democrático de Direito reside na melhoria permanente e integral das condições de vida das pessoas.

Se por um lado, a boa administração pública se caracteriza por assumir compromissos objetivos de servir ao público, de forma democrática, racional, transparente, orientada para o interesse geral, com o propósito de melhorar permanente e integralmente a qualidade material da cidadania, por outro, é possível afirmar que se trata de um direito público subjetivo da cidadania, dotada de elementos instrumentais orientam para a

14 *Carta dos Direitos da União Europeia*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 28 de junho de 2020.

legitimidade de suas ações e, também, oferece instrumentos de aferição qualitativa da eficácia e da eficiência no trato da coisa pública.

A boa administração não é um fim em si mesma, disponível para eventualmente ser atingida pelo Poder Público, mas é um dever constitucional atribuído à Administração Pública, que tem a incumbência de gerir o interesse público, baseada em parâmetros objetivos e consagrados constitucionalmente. Neste sentido, “[...], a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e de resultado de gestão: a eficiência, como a otimização da aplicação dos meios administrativos disponíveis e o resultado, como a idoneidade do fruto da gestão realizada para atender satisfatoriamente aos interesses públicos visados.”¹⁵

A despeito de a Constituição Federal brasileira não dispor expressamente sobre a noção de boa administração pública, “[...] muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia.”¹⁶

Este direito fundamental compreende uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”¹⁷

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os Direitos Fundamentais. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]. Disponível em: Acesso em 27 de janeiro de 2011.

17 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22

Assim, a Administração Pública tem que ser transparente, na função de fornecer subsídios para o debate acerca das finanças públicas, dado que orienta, a relação entre Estado e sociedade, oferecendo condições fáticas para que o controle social possa operar, por isso guarda estreita ligação com o fortalecimento democrático. O acesso às informações governamentais fortalece a democracia.¹⁸ É por meio da transparência informacional que confluem as práticas informacionais do Estado e da sociedade. A opacidade informacional do Estado sinaliza, ao contrário, um hiato entre este e a sociedade, configurando-se como processo e produto das características de geração e uso da informação pelos diversos atores aí envolvidos como o administrador público, o profissional da informação e o cidadão.¹⁹

Além da necessária observância do princípio da transparência, a legitimidade da atuação da Administração Pública está condicionada à relação dialógica que ela tem com a sociedade, dado que de acordo com a Constituição federal, a gestão do interesse público deve ser compartilhada com a sociedade civil, com vistas à construção de ações que visem a concretização, fundamentalmente, dos direitos fundamentais. A imparcialidade na perspectiva da impessoalidade é outro elemento da boa Administração Pública que orienta no sentido de que a Administração Pública, deve agir norteada pela ideia de justiça social, afastando, subjetivismos e escolhas em desconformidade com os valores constitucionais.

Outro elemento presente na boa Administração Pública é o respeito à moralidade pública, como já referido anteriormente, dado que é um dos principais valores que devem ser vistos como nortes a serem seguidos pela Administração Pública, pois como afirmado anteriormente, o agente público que atua orientado por fins imorais ou ímprobos, assim como aquele que despreza a ordem institucional, ferem o princípio da boa administração pública, porque ordinariamente se caracteriza como desvio de finalidade. “Não se pode negar, até mesmo em atenção ao aspecto hereditário-atávico (da formação da sociedade brasileira), que na finalidade se encontra o conteúdo da moralidade administrativa, dado que é da mensuração da compatibilidade do resultado atingido pelo agente público na sua conduta com os fins públicos que a lei, implícita ou explicitamente, estabeleceu que se pode concluir a moralidade ou não da atividade administrativa, campo de cognição superior ao da legalidade.”²⁰

Por essa razão, a Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade evitar o locupletamento à custa alheia, tanto de parte do agente público quanto da própria Administração Pública. É um instrumento instituído no contexto da noção de boa Administração Pública, dado que tem como propósito a definição de atos ou omissões, que caracterizam imoralidade e a probidade administrativa e as respectivas punições. Neste

18 MENDES, Gilmar Ferreira. e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP)

19 JARDIM, José Maria. *A face oculta do Leviatã: gestão de informação e transparência administrativa*, Revista do Serviço Público, Brasília, v. 119, n. 1, p. 149, 1995

20 MARTINS JR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

contexto, o artigo 4.º, da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Todavia, o comando que estabelece a obrigatoriedade pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, não afasta a compulsória observância de todos os princípios constitucionais expressos e implícitos, de onde se extraem os valores que orientam a Administração Pública e impõem o compromisso com os objetivos fundamentais e a concretização dos direitos fundamentais, o que torna incompatível qualquer ação ou omissão de agente público ou mesmo terceiro, nas hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que contrarie os princípios e os valores constitucionais.

Como reflexo da responsabilização por danos causados ao patrimônio público, seja por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, o ressarcimento do prejuízo patrimonial, em favor do Estado e por extensão à sociedade, deve ser integral, consoante o disposto no artigo 5.º e, em se tratando de enriquecimento ilícito, o agente público ou terceiro beneficiário perderá os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio, consoante artigo 6.º. Para tanto, de acordo com o artigo 7.º, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Neste contexto, a moralidade e a probidade públicas são dois dos pilares da concepção da boa administração pública, que aparentemente não dão guarida para a prescrição do direito de ação de ressarcimento de danos decorrentes de ação tipificada pela lei como de improbidade administrativa. Parece que a Lei de Improbidade não estabeleceu distinção entre as ações ou omissões culposas das ações ou omissões dolosas, para efeitos de ressarcimento patrimonial e perdimento de bens, dado que ambas ferem a moralidade e a probidade pública e, por extensão, a ideia de boa administração pública, albergada pela Constituição Federal.

A partir da noção de boa administração pública e com base na hermenêutica constitucional de Häberle²¹, que propõe a superação da ideia da interpretação constitucional por uma “sociedade fechada” com foco no órgãos oficiais, notadamente o judiciário, de acordo com procedimentos formalizados, em favor de uma interpretação constitucional pela “sociedade aberta”, democrática, levando em consideração a pluralidade e a hipercomplexidade da sociedade atual. Baseado na teoria da Häberle, é possível afirmar que a noção de boa administração pública, pode ser considerado como parâmetro, notadamente, para avaliar se as ações da Administração Pública estão, por um lado, embasadas nos princípios que regem a Administração Pública e, de outro, se não fere os

21 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

princípios que informam a boa administração pública; assim como se atua comprometida com objetivos fundamentais e, por fim, se concretiza os direitos fundamentais.

Por outro lado, a hermenêutica constitucional não pode se afastar da ideia de que é a Constituição que dispõe sobre as balizas fundamentais do Direito, de onde se irradiam os comandos para todo o ordenamento jurídico. Assim, a interpretação do texto constitucional não pode ser feita sem que se observe o conjunto de regras, princípios e valores que compõem a Constituição, sob pena de ferir a homogeneidade e a sistematicidade de todo o ordenamento jurídico. “As normas constitucionais não devem ser entendidas topograficamente ou literalmente. Elas dependem do sistema como um todo e do relacionamento interno e externo entre os princípios e direitos fundamentais incidentes. No caso, embora seja um interesse público relevante o ressarcimento, há um valor maior que deve ser considerado: o direito real (efetivo) de o indivíduo se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe atinja, realizado o devido processo legal.”²²

Nestes termos, a noção de boa administração pública pode ser considerada como instrumento de hermenêutica constitucional, com vistas a verificar se a Administração Pública atua comprometida com objetivos fundamentais e, por fim, se concretiza os direitos fundamentais, sem descuidar, no entanto, das garantias constitucionais dos agentes e terceiros ímprobos e o princípio da segurança jurídica. Por isso é necessário interpretar a Constituição à luz das regras e princípios numa perspectiva sistêmica, homogênea, equilibrada e teleológica em conexão com a ideia de Estado Democrático de Direito.

4 | O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO PARA OS CASOS DE DANOS AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O objetivo geral da investigação é saber se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, encontra guarida em face da noção de boa administração pública. Para alcançar o intento, após os apontamentos sobre a improbidade administrativa e sobre a noção de boa administração pública que encontra amparo nos princípios, objetivos e direitos fundamentais, extrair-se-á elementos do Acórdão do Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP, proposto em 2014 e julgado em 8 de agosto de 2018, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em sede de Repercussão Geral, além de outras decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da prescritibilidade ou imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento patrimonial em face de ato de improbidade administrativa.

²² GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>> Acesso em: 4 de julho de 2020.

A ementa do referido Acórdão²³, preconiza: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

O Recurso Extraordinário originou-se de uma ação civil pública ajuizada no ano de 2002 pelo Ministério Público de São Paulo em face de atos reputados como de improbidade administrativa, de um então agente político, ex-prefeito, um técnico em contabilidade e dois servidores públicos de Palmares Paulista, por suposta alienação de dois veículos por valores abaixo do valor de mercado, cujos fatos ocorreram, respectivamente nas datas de 26 de abril de 1995 e 21 de novembro de 1995. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu o caso, no mérito, reconhecendo e decretando a ocorrência de prescrição quinquenal, aplicando aos servidores, na hipótese, por analogia, o prazo do art. 142, I, da Lei n.º 8.112/1990. O Ministério Público interpôs o recurso com o propósito de discutir o art. 37, § 5º da Constituição Federal, com a tese de que a prescrição das sanções não implica necessariamente a prescrição das ações de ressarcimento.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, preconiza que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, no parágrafo 4.º prevê, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a *indisponibilidade dos bens* e o *ressarcimento ao erário*, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*. (grifei) O parágrafo 5.º, dispõe, que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*. (grifei)

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768161402/recurso-extraordinario-re-852475-sp-sao-paulo>> Acessado em: 6 de julho de 2020.

A regra disposta no parágrafo 4.º, do artigo 37, tem eficácia limitada, por isso foi necessária a instituição da Lei de Improbidade Administrativa, justamente para dispor sobre tipos de condutas consideradas como ímprobas e as respectivas sanções, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, entre outras disposições e o parágrafo 5.º delegou à lei a disposição sobre os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por agente e que causem prejuízo ao erário, ressalvando expressamente as respectivas ações de ressarcimento.

A ressalva em relação as ações de ressarcimento é um dos pontos que foram objeto de discussão no julgamento, ressaltando que para o Ministro Alexandre de Moraes²⁴, a ressalva contida na parte final do §, 5º do art. 37, apenas permitiu a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo §4º do mesmo artigo; não tendo, portanto, estabelecido qualquer hipótese implícita de imprescritibilidade. Diferentemente, para o Ministro Edson Fachin²⁵, o legislador constitucional decotou do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento, ou seja, as ações de recomposição do erário, embora reconheça que a palavra “imprescritível” ou “imprescritibilidade” não está no § 5º do art. 37 da Constituição.

O parágrafo 5.º, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso²⁶, deu margem a três linhas interpretativas sustentadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal. A primeira tese foi defendida pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, no RE 669.069, pela imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário nos casos de improbidade. A segunda tese, defendida pelo Ministro Dias Toffoli, que a ação de ressarcimento seria prescritível, porém, uma vez obtida a condenação, a execução da condenação seria imprescritível e, a terceira tese, defendida pelo Ministro Alexandre de Moraes, a de que a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição prevê, ou talvez prescreva, mais do que simplesmente prevê, não que a ação de ressarcimento seja imprescritível, mas, sim, que a lei pode estabelecer prazos específicos nesse caso, com lapsos temporais mais alargados.

Isso, porque de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso²⁷, os sistemas jurídicos gravitam em torno de dois grandes eixos: a justiça e a segurança. A prescrição é um instituto diretamente associado à ideia de segurança jurídica. Logo, a ambiguidade presente no

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768161402/recurso-extraordinario-re-852475-sp-sao-paulo>> Acessado em: 6 de julho de 2020.

25 Ibidem

26 Ibidem

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768161402/recurso-extraordinario-re-852475-sp-sao-paulo>> Acessado em: 6 de julho de 2020.

§ 5.º pode ser solucionada com a utilização do princípio da segurança jurídica como um bom vetor interpretativo para escolher o melhor sentido e o melhor alcance para aquela norma. O Ministro Alexandre de Moraes, argumenta que em face da segurança jurídica nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais. Como resultado, não deveria ter surgido qualquer dúvida quanto à prescritibilidade de todas as sanções civis por ato de improbidade administrativa, inclusive a de ressarcimento ao erário, pois a legislação observou o mandamento do próprio § 4º do art. 37, que exige a edição de lei específica para tipificar os atos de improbidade e estabelecer a forma e gradação de todas as sanções.²⁸

O Ministro Ricardo Lewandowski²⁹ argumenta que não é só uma questão de segurança jurídica ou de garantia de direitos ou interesses particulares. É também o da Justiça, abrigando dilemas inerentes ao interesse público primário e traz à colação tese defendida inicialmente pelo Professor Emerson Gabardo³⁰, adotada pela Ministra Cármen Lúcia no RE 669.069/MG³¹, no sentido de que “[...] o Direito não existe sem o tempo. Todo o ordenamento constitucional está implicado pela sustentação dos fatos passados e seus efeitos, pela estabilidade do presente e pela garantia de um futuro previsível. Esta estruturação, essencialmente jurídica, está intimamente ligada a outro direito fundamental presente na Constituição Federal de 1998: a ampla defesa. [...]”

Para a Ministra Cármen Lúcia³², a segurança jurídica também está não apenas na parte administrativa e na conduta das pessoas que serviram e que servem à Administração Pública, mas especialmente no cumprimento da Constituição, que se dá assegurando-se a imprescritibilidade relativamente a essas ações de ressarcimento, como aqui se contém. Por isso, em conformidade com o entendimento da Ministra Cármen Lúcia³³, a partir de interpretação sistêmica da ordem jurídica pátria é possível sustentar visão dicotômica dos prazos prescricionais, referentes às ações pelas quais se busca apurar os atos de improbidade em contraposição à intransigência da imprescritibilidade inerente à pretensão de ressarcimento do dano causado ao erário, reconhecida como manifestação direta da proteção da confiança social na ordem jurídica e da submissão inflexível e incontestável do respeito da Administração ao povo.

Neste contexto é certo que o ordenamento jurídico brasileiro adota como regra o princípio da prescritibilidade, dado que é essencial para a segurança jurídica das

28 Ibidem

29 Ibidem

30 GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>> Acesso em: 4 de julho de 2020.

31 BRASIL. Supremo Tribunal federal. RE 669.069 MINAS GERAIS. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em: 5 de julho de 2020.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768161402/recurso-extraordinario-re-852475-sp-sao-paulo>> Acessado em: 6 de julho de 2020.

33 Ibidem

relações em sociedade, tanto que as exceções estão expressas na própria Constituição. Neste sentido o Ministro Dias Tóffoli, em seu voto no julgamento do RE 669069/MG³⁴, destacou que a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República. Daí poder-se concluir que a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF). Também foi garantida constitucionalmente a imprescritibilidade do direito estatal sobre seus bens imóveis, dispondo-se que são insuscetíveis de usucapião os imóveis públicos urbanos ou rurais (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da CF)”.

Por fim, a tese do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, é “A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal”, mas acabou prevalecendo a tese de que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

A leitura do Acórdão em nenhum momento se reporta à noção de boa administração pública, como vetor interpretativo da Constituição Federal sobre a prescritibilidade ou imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento patrimonial ao erário, fundadas na prática de ato tipificado como ímprobo. Contudo, embora não utilizado como argumento pelos Ministros em seus respeitáveis votos, a boa administração pública, baseada nos princípios constitucionais e infraconstitucionais que informam a boa administração pública, o necessário compromisso com os objetivos fundamentais e a concretização dos direitos fundamentais, impõe à Administração Pública, além do cumprimento de suas funções teleológicas orientadas pelos princípios e valores presentes no ordenamento jurídico, com relevância à moralidade pública, deve também, com base no princípio da moralidade pública, zelar pelo patrimônio público.

O locupletamento ilícito, imoral e injusto de qualquer agente, aproveitando-se do exercício de função pública, ou de terceiro, que agiu, se omitiu ou se beneficiou, é uma ofensa grave à boa administração pública, porque não foi eficiente no zelo da coisa pública. A concepção da boa administração pública transcende a ideia de que a Administração Pública deve observar e se orientar pelo princípio da juridicidade – agir em conformidade com a lei e o direito – , a transparência, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência nas

34 BRASIL. Supremo Tribunal federal. RE 669.069 MINAS GERAIS. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em: 5 de julho de 2020.

suas atividades fins, pois requer, também, da Administração Pública um padrão ético no zelo e na proteção do patrimônio Público.

Se por um lado é constitucional que a lei estabeleça prazos prescricionais para apuração de ilícitos praticados por agente público, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário. A prescrição, assim como a decadência, são institutos que militam em favor da estabilização das relações sociais, não por outra razão, dimensões relevantes do princípio da segurança jurídica. A Justiça e a segurança jurídica são vinculantes e estruturantes no Estado de Direito Democrático. Por outro lado, a busca de patrimônio público nas mãos de quem se locupletou ilícita, imoral e injustamente, seja agente público ou terceiro, não tem guarida constitucional, porque se trata de ações patrimoniais. Assim como os bens públicos não podem ser usucapidos, porque a posse mansa e pacífica, para efeitos de usucapião, não se legitima nem pelo tempo, nem pela intenção do possuidor, também não é possível a legitimação patrimonial privada via comportamento ilícito, injusto e imoral, porque não existe segurança jurídica e justiça para tanto.

5 | CONCLUSÕES

O problema objeto de investigação é se à luz do conceito de boa administração pública, baseado em elementos extraíveis da Constituição Federal, é possível sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 852.475-SP. O objetivo geral é saber se a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, encontra guarida em face da noção de boa administração pública.

Em termos conclusivos, a resposta ao problema pode ser dividida em três afirmações: a) a leitura do Acórdão em nenhum momento se reporta à noção de boa administração pública, como vetor interpretativo da Constituição Federal sobre a prescritibilidade ou imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento patrimonial ao erário, fundadas na prática de ato tipificado como ímprobo; b) embora não utilizado como argumento pelos Ministros em seus respeitáveis votos, a boa administração pública, baseada nos princípios constitucionais e infraconstitucionais que informam a boa administração pública, o necessário compromisso com os objetivos fundamentais e a concretização dos direitos fundamentais, impõe à Administração Pública, além do cumprimento de suas funções teleológicas orientadas pelos princípios e valores presentes no ordenamento jurídico, com relevância à moralidade pública, deve também, com base no princípio da moralidade pública, zelar pelo patrimônio público; e, c) se por um lado é constitucional que a lei estabeleça prazos prescricionais para apuração de

ilícitos praticados por agente público, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, pois a prescrição, assim como a decadência, são institutos que militam em favor da estabilização das relações sociais, não por outra razão, dimensões relevantes do princípio da segurança jurídica. Por outro lado, a busca de patrimônio público nas mãos de quem se locupletou ilícita, imoral e injustamente, seja agente público ou terceiro, não tem guarida constitucional, porque se trata de ações patrimoniais.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Ann. Good administration: why we need it more than ever. *The Political Quarterly*, v. 80, n. 1, p. 25–32, January/March 2009. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-923X.2009.01964.x/abstract>>. Acesso em: 02 fev. de 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 19ª edição, revista e atualizada até a emenda Constitucional 47, de 5.7.2005, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 107

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. REsp 1.405.748 – RJ. Relatora Ministra Marga Tessler (Juíza federal Convocada do TRF 4.ª região). Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100802/Julgado_1.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. 3.240-DF. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315062116&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. RE 669.069 MINAS GERAIS. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em: 5 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 976.566 Pará, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 13-9-2019, P, *DJE* de 26-9-2019, Tema 576. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750963616>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 852.475 – SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768161402/recurso-extraordinario-re-852475-sp-sao-paulo>> Acessado em: 6 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp. 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE852475votoAM.PDF>> Acesso em: 27 de junho de 2020.

Carta dos Direitos da União Europeia. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em: 28 de junho de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22

GABARDO, Emerson. A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-aco-es-de-ressarcimento-ao-erario>> Acesso em: 4 de julho de 2020.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JARDIM, José Maria. *A face oculta do Leviatã*: gestão de informação e transparência administrativa, *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 119, n. 1, p. 149, 1995

JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. *Interlocuções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa*. Barbarói, Edição Especial, n. 42, p. 268-287, 2014.

MARTINS JR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

MENDES, Gilmar Ferreira. e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.85.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones Públicas*: adaptado a la Ley n.º 5 de 2006 de 10 de abril., 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 38.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os Direitos Fundamentais. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo [on line]. Disponível em: Acesso em 27 de janeiro de 2011.

LA PROVISIÓN DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN EL ESTADO ESPAÑO EN EL MARCO DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Data de aceite: 03/08/2020

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Universitat Rovira i Virgili
ORCID 0000-0001-5669-6009.

“Europa se ahorra este inmenso presupuesto de represión porque invierte mucho más en prevención: educadores y asistentes sociales; más policía profesional preventiva, mejor pagada y con mayor reconocimiento social; más intervencionismo administrativo y más regulaciones de seguridad, entre otras”, Manuel BALLBÉ MALLOL, 2007.¹

RESUMEN: En este trabajo se analiza la gestión de los servicios sociales partiendo del reconocimiento del carácter de estrategia de la contratación pública y su conexión con las políticas públicas. Las directivas de contratación pública de 2014 han reconocido la importancia de los servicios de atención a las personas introduciendo nuevas posibilidades para la provisión de estos servicios, entre las que destacamos las fórmulas no contractuales. A tal fin se analizan las medidas de compra estratégica social que incorpora la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del Sector Público respecto a la gestión de los servicios sociales, y la capacidad de las comunidades autónomas para regular la provisión de este tipo de servicios mediante fórmulas no

contractuales.

PALABRAS - CLAVE: Concierto social; contratación pública social; servicios a las personas; fórmula no contractual; gestión indirecta; legislación autonómica.

ABSTRACT: This paper analyses the management of social services based on the recognition of the strategic nature of public procurement and its connection with public policies. The public procurement directives of 2014 have recognised the importance of care services by introducing new possibilities for the provision of these services, among which we highlight non-contractual formulas. To this end, the social strategic purchasing measures incorporated in Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts with respect to the management of social services, and the capacity of the Autonomous Communities to regulate the provision of this type of service through non-contractual formulas are analysed.

KEYWORDS: Social agreement; social public contracting; personal services; non-contractual formula; indirect management; regional legislation.

¹ En homenaje a mi maestro, el Prof. Dr. Manuel BALLBÉ MALLOL, Catedrático de la Universitat Autònoma de Barcelona (Barcelona, * 4 de noviembre de 1951 – + 10 de febrero de 2020), BALLBÉ MALLOL, M., El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, p. 251.

1 | INTRODUCCIÓN

Los servicios de atención a las personas son un ámbito de actuación especialmente sensible debido a la vulnerabilidad de los colectivos a los que se dirigen y a la función que desarrollan, siendo garantes de los derechos de la ciudadanía².

Esta especificidad de los servicios de atención a las personas fue reconocida por la Comisión Europea el año 2006, afirmando el carácter vital de las necesidades que han de satisfacer garantizando la aplicación de derechos como la dignidad y la integridad de la persona³.

En este sentido, la Unión Europea culminó, con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 un nuevo proceso de adaptación de la norma de contratación pública para contribuir a la consecución de los objetivos de la Estrategia 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁴. En el Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un 5% de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratación pública. Se afirma que con estas directivas se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos, flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas.

Así, en este contexto, la utilización de la contratación pública para implementar políticas sociales activas ha sido una constante en los documentos elaborados por las distintas instituciones europeas⁵.

Estas consideraciones de carácter social son contempladas en la Directiva 2014/24/UE, destacando la importancia y la especificidad de los servicios de atención a las personas.

2 *Vid. in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives de contractació pública”, en FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, *La protecció jurídica de la atenció a les persones en matèria de Serveis socials. Una perspectiva interdisciplinària*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 177-203.

3 Comisión Europea 2006. Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea 2006. Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios Sociales de interés general en la Unión Europea. COM (2006) 177, 26 de octubre de 2006, Bruselas.

4 Comunicación de la Comisión “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” [COM (2010) 2020 final, de 5 de marzo de 2014].

5 Hay diferentes documentos donde se refleja esta consideración de la compra pública como instrumento para la política social como: la Estrategia Europa 2020 establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010; la Decisión 2010/207/UE, del Consejo de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros; Recomendación 2010/410/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, entre otros.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público⁶, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) introduce cambios sustanciales que van más allá de una actualización del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP). Entre estos cambios destaca la visión estratégica convirtiéndose en el principal eje de la contratación pública⁷. En consecuencia, la LCSP fija entre los objetivos que inspiran la regulación el de conseguir una mejor relación calidad-precio especialmente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato⁸.

De este modo, en los últimos años la visión de la contratación pública ha cambiado de forma muy intensa, evolucionando hacia la idea de “*herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas*”⁹. Esto significa que la contratación pública no es solo un medio para abastecerse de materias o de servicios en las condiciones más ventajosas, sino que, a través de la contratación pública los poderes públicos intervienen en la vida económica, social y política del estado. De este modo, como afirma GIMENO FELIÚ, la contratación pública se convierte en un ámbito de actividad a través del cual se pueden orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes¹⁰.

En este marco normativo se destaca la necesidad de priorizar en la selección de los proveedores las cuestiones de calidad, de continuidad, de accesibilidad y de consideración de las necesidades específicas de los usuarios.

De las normas citadas también es importante destacar el margen de maniobra que se otorga a los estados miembros para la elección de los proveedores de los servicios de la manera que consideren más oportuno, haciendo referencia expresa a la posibilidad de

6 Vid. *in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., JUNCOSA I VIDAL, C., La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, núm. 1, vol. 9, enero – abril 2018, pp. 64-124. FUENTES I GASÓ, J. R., JUNCOSA I VIDAL, C., “Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales”, en CAMPOS ACUÑA, C., (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 87-138.

7 Vid. GIMENO FELIÚ, J. M., “La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente”, en GIMENO FELIÚ, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la LCSP*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018

8 GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *DA Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre 2017, p. 96.

9 GIMENO FELIÚ, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, 2017, p. 242. Vid. también, GIMENO FELIÚ, J. M., “Compra pública estratégica”, en PERNAS GARCÍA, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80.

10 GIMENO FELIÚ, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, cit., p. 243. En este sentido, GIMENO FELIÚ, J. M., “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. MORENO MOLINA, J. A., “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 83, 2009, p. 37 y ss. BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A.; RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 39. MESTRE DELGADO, J., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REALA*, núm. 291, 2003, p. 707.

regular la provisión de este mediante fórmulas no contractuales.

Por tanto, nos encontramos ante la posibilidad de desarrollar un modelo de colaboración entre las administraciones públicas y la iniciativa social no lucrativa para la provisión de servicios de atención a las personas. Para conseguir esto apostamos por una gestión de los servicios de atención a las personas regulado al margen de la LCSP apartándose de las reglas del mercado.

Así esta visión instrumental de la contratación pública permite no solo orientar el comportamiento de las empresas sino afianzarlo para conseguir el interés general sin que, necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹¹. En consecuencia, las condiciones sociales son admitidas por las instituciones europeas, aunque comporten para el poder adjudicador una ventaja económica vinculada al producto o servicio objeto del contrato¹².

En definitiva, como resalta GIMENO FELIÚ las condiciones sociales son uno de los principales ejes de la visión estratégica de la contratación pública, motivo por el cual afirma que: *“la contratación pública no es un fin en si mismo, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (...) y que en modo alguno restringen o limitan las competencias permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE”*¹³.

En este trabajo analizamos como la acción concertada resuelve los problemas que plantea la contratación pública como la preeminencia de criterios económicos, las ofertas desproporcionadas o la falta de garantías en el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales.

2 | EL MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIAL EUROPEA

La contratación pública social fue reconocida por el TJUE en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87), caso Gebroeders Beetjens BV contra el Estado de los Países Bajos, pronunciándose a favor de la legalidad de criterios de adjudicación de carácter social y con dos requisitos indispensables: la publicidad previa y que no se contravengan los principios de derecho de la Unión Europea. A partir de esta Sentencia se consolidó una línea jurisprudencial, particularmente en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra la República francesa¹⁴.

Esta consideración de la compra pública como instrumento de la política social, también queda patente en diversos instrumentos de *soft law*, entre los que destacamos: el Dictamen sobre contratación pública, aprobado el 21 de mayo de 1997, por el Comité

11 RODRÍGUEZ ARANA, J., “La contratación del sector público como política pública”, en PERNAS GARCÍA, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, cit. pp. 31-44.

12 Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001.

13 GIMENO FELIÚ, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, cit., p. 247.

14 Asunto C-225/98, conocido como el asunto de la Región Nord-Pas de Calais.

Económico y Social de la Unión Europea, donde se destaca la necesidad de integrar las prioridades comunitarias en materia social en los contratos públicos; el Documento de la Comisión Europea “Adquisiciones sociales: una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, de octubre de 2010¹⁵; la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, instrumento que de utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador; el documento de estudio de la Comisión de 2012 “Resumen de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública”. En este último documento se plasma la necesidad de revisar las directivas de la Unión Europea sobre contratación pública, siendo esta una de las doce actuaciones clave citadas en el Acta del Mercado Único, que contribuirá a potenciar el crecimiento y el empleo en Europa.

2.1 Las consideraciones sociales previstas en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública

Las medidas adoptadas por la Unión Europea se consolidaron con la aprobación de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación¹⁶. De este paquete legislativo sobre contratación pública, cabe destacar la Directiva 2014/24/UE, la cual recoge todas las consideraciones sociales mencionadas anteriormente. Muestra de esto lo podemos ver en los mismos considerandos al manifestar que *“El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados*

15 Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos. En este documento se insiste en avanzar hacia una contratación pública socialmente responsable, ya que se puede ayudar a crear condiciones de competencia equitativa y favorecer a la integrar de ciertos colectivos.

16 El Diario Oficial de la Unión Europea de 28 de marzo de 2014 publicó las tres nuevas directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, que se erigen ya en la nueva generación de derecho de la Unión Europea sobre la materia: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. *Vid.*, GIMENO FELIÚ, J. M., “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 39-106; y GIMENO FELIÚ, J. M., “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de estudios locales*, núm. 161, 2013, págs. 15-44.

lotes de estos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”¹⁷.

También destaca en el Considerando 37 “(...) *la importancia que resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión (...)*”.

En cuanto al control del cumplimiento de las disposiciones sociales, señala en el Considerando 40 que “*debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas. La necesaria verificación a tal efecto ha de efectuarse con arreglo a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva, en particular con arreglo a las aplicables a medios de prueba y declaraciones del interesado*”. Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate.

Del articulado cabe destacar que eleva a la categoría de principio o declaración programática el cumplimiento de las normas obligatorias en materia ambiental, social o laboral. Así, el apartado segundo del artículo 18, recoge que debe informar la actuación de los poderes adjudicadores en cuanto establece que “*Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, en el derecho nacional, en los convenios colectivos o en las disposiciones de derecho internacional ambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X*”.

También se observa el factor social en los aspectos relativos a la capacidad para la ejecución del contrato para la ejecución del contrato ya que el artículo 56 permite que los poderes adjudicadores puedan decidir no adjudicar un contrato al licitador que presenta la oferta económicamente más ventajosa, cuando hayan comprobado que la misión no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2¹⁸.

En la definición del objeto de los contratos también figuran los aspectos sociales, como se observa al especificar avales, como afirma GIMENO FELIÚ, nada impide una “*precisión social*” del objeto del contrato pues con ello no se afecta a la regla de transparencia pretendida por el CPV (art. 62).

¹⁷ Considerando 36.

¹⁸ Esto provoca que el art. 69 de la Directiva permita excluir una oferta por anomalía. El dumping social son actuaciones contrarias a una correcta contratación pública en competencia.

También se hace referencia a los aspectos sociales en los criterios de adjudicación. A tal fin, el artículo 67 establece que los contratos públicos se adjudicaran a ofertas económicamente más ventajosas y que esta determinación atiende a *“coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio¹⁹, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o (...)”²⁰.*

Pero estos criterios sociales podrán ser de adjudicación siempre que se acredite satisfacción del interés público, motivo por el cual estos deben ser congruentes con el objeto, las características y la naturaleza del contrato²¹. En consecuencia, se podrán admitir criterios de adjudicación sociales si se acredita una vinculación con el objeto del contrato²².

En cuanto a las condiciones de ejecución del contrato también encajan las acciones sociales, porque conforme con el artículo 70 de la Directiva 2014/24: *“(...) pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la organización internacional del trabajo y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación*

19 Sobre la mejor calidad que puede aportar la cualificación personal, el Considerando 94 de la Directiva 24/2014/UE afirma: “Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad”.

20 Sobre los criterios de adjudicación, *vid.* FENÁNDEZ ACEVEDO, R.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas del sector”, en AA.VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261.

21 Para admitir estos criterios de adjudicación social se debe acreditar una vinculación al objeto del contrato. En este sentido *vid.*, la STJUE, de 10 de mayo de 2012, en el Asunto C-368/10, que señala que: “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir a un elemento incorporado materialmente en este (...) y nada se opone, en principio a que dicho criterio se refiera al hecho de que un producto procede del comercio justo”.

22 *Vid.* STJUE de 26 de septiembre de 2000 (Comisión/ Francia). A tal fin, se exige unos criterios de adjudicación que persigan unos intereses generales acordes con el objeto, las características, la naturaleza del contrato y los principios básicos de la contratación pública. Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *vid.* MEDINA ARNÁIZ, T., “La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia de la Unión Europea”, *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 213-240.

nacional²³.

En definitiva, se constata como la Directiva 2014/24/UE permite incorporar las políticas sociales en la contratación pública, aunque con el límite de respetar los principios esenciales y no distorsionar la competencia²⁴.

2.2 El régimen jurídico de la prestación de servicios sociales y sus especialidades

La Directiva 2014/24/UE permite la existencia de un régimen especial para la prestación de servicios sociales, desvinculado de la idea del contrato de gestión de servicios públicos²⁵.

Lo que diferencia este régimen especial de los otros contratos es la sensibilidad del objeto, la prestación social, lo que nos conduce a valorar la eficiencia de manera contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demande. Este componente social del objeto del contrato obliga a interpretar la eficiencia desde los parámetros de la calidad de la prestación del servicio y no con criterios economicistas.

Como pone de manifiesto GIMENO FELIÚ esta especialidad procede del “carácter vital de las necesidades que se han de satisfacer, garantizándose de este modo la aplicación de derechos fundamentales, como la dignidad y la integridad de la persona”²⁶. En consecuencia, en la licitación de este tipo de servicios se podrán tener en cuenta medidas como: el principio de solidaridad; la ausencia de ánimo de lucro; integración de la tradición local; relación asimétrica entre prestadores y beneficiarios²⁷.

La propia Directiva 2014/24/UE se refiere a la especialidad de determinados servicios a las personas, así *“determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada (...). Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se*

23 Vid. STJUE de 17 de noviembre Regio Post (Asuntos C-115/14).

24 GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 84-100.

25 La prestación de servicios sociales antes de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, se articulaba mediante fórmulas contractuales, siendo la figura predominante el concierto. El concierto, regulado en el art. 277 TRLCSP se trataba de un subtipo de contratación de la gestión de los servicios públicos que supone *“la gestión con una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate”*.

26 GIMENO FELIU, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, cit., p. 273.

27 Sobre los servicios sanitarios GIMENO FELIU afirma que son el paradigma en tanto se prestan servicios “dirigidos a ciudadanos” y vinculados a prestaciones básicas que forman parte del núcleo del Estado social. Vid. GIMENO FELIU, J. M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. extraordinario 1, 2015, pp. 65-85. También vid., la STJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia ante contratos a favor de entidades sin ánimo de lucro.

*ajuste a los principios de transparencia y no discriminación*²⁸.

Por tanto, la Directiva habilita que los Estados puedan diseñar un régimen legal *ad hoc* para la provisión de los servicios de atención a las personas bajo los criterios de calidad, profesionalización y solidaridad. Esto explica que pueda existir un régimen no contractual para la protección de estos servicios, como la figura del concierto social²⁹.

En este sentido, destacamos la acción concertada, que como se analiza más adelante, necesita la previsión legal expresa que determine el alcance y las modalidades de servicios y prestaciones. Además, para prestar esta acción concertada se exige disponer de una autorización, inscripción en el registro y superar un riguroso proceso de acreditación.

2.3 La reserva de contratos a determinados colectivos en el marco de la contratación pública

La Directiva 2014/24/UE, también prevé una técnica para articular políticas sociales como es la reserva de contratos a determinados colectivos³⁰. En este sentido, en el Considerando 6 se afirma que: *“(...) los servicios no económicos de interés general, o una combinación de ambos. Conviene aclarar que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva”*. En esta línea, el artículo 77 de la Directiva prevé la posibilidad de reserva de esos contratos, incluso en el artículo 20 de la 2014/24/UE incluso se permite reservar el derecho a *“participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos”*.

En consecuencia, un contrato público en el ámbito social puede adoptar medidas de licitación, específicas, llegando a la reserva de contratos, y estar excepcionado de las reglas de concurrencia propias de los contratos típicos de servicio³¹. No obstante, no se debe efectuar una interpretación amplia de la reserva, porque sinó se estaría afectando claramente al principio de competencia.

En conclusión, la Directiva 2014/24/UE permite que en un contrato de prestaciones sociales se excepcione el principio de concurrencia y adjudicarlo a entidades del tercer

28 Considerando 114.

29 GIMENO FELIU, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, cit., p. 49.

30 Ya había sido admitido por la jurisprudencia del TJUE, *vid.* entre otras la STJUE de 7 de diciembre de 2000, Asunto Teleaustra (C-324/98).

31 El TJUE ha reconocido la posibilidad de la adjudicación directa. No obstante, se establecen una serie de principios que deben cumplirse como: las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos a “los de solidaridad y de eficacia presupuestaria, que lo sustenten; que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros, aunque no es admisible el recurso a trabajadores, Vid. STJUE de 28 de enero de 2010, CASTA y otros, Asunto C-50/14.

sector sin ánimo de lucro. Además, indica a los legisladores de los diferentes Estados miembros que establezcan una regulación específica que garantice los valores de calidad, continuidad y exhaustividad y la elección del proveedor de servicios se debe realizar sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad³².

3 I LA RECONFIGURACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL EN EL ESTADO ESPAÑOL

Las Directivas europeas requieren su transposición al derecho interno de los Estados miembros a través de los instrumentos correspondientes. La Directiva 2014/24 establecía como plazo máximo el 18 de abril de 2016, pero pocos países adaptaron su normativa interna para incorporar el nuevo derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, en el plazo indicado, entre ellos el Estado español,³³ lo que dio lugar a la aparición de la institución del efecto directo³⁴.

Pero además de este efecto directo, en España fue preciso realizar una interpretación conforme con las exigencias de la Unión Europea, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, así como del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas y su importante reforma operada por el Real Decreto 773/2015; del Real Decreto 817/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público, y del Real Decreto 814/2015, que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Pero si una interpretación de esta normativa conforme a las directivas no hubiera sido posible, el

32 .art. 76. 2 de la Directiva 2014/24/UE.

33 .Es preciso indicar que desde finales del año 2015 hasta finales de 2016, el Estado español estuvo con un Gobierno en funciones. El Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 aprobó los informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Pero no fue hasta marzo del 2017 que ya contábamos con el proyecto de Ley de contratos del sector público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, presentado por el Gobierno el 25 de noviembre de 2016, en un proceso de tramitación urgente.

34 .Esto implica que, si una directiva no fuera transpuesta en el plazo previsto para ello, o fuera transpuesta incorrectamente, tal efecto permite a un particular invocar directamente sus preceptos frente a los poderes públicos de un Estado miembro con primacía sobre cualquier norma interna. Con esta institución se garantiza la aplicabilidad y la eficacia del derecho europeo en los estados miembros de la Unión europea. Por tanto, en todos aquellos supuestos en que las disposiciones de una directiva resulten, respecto a su contenido, claras, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, cuando este o adapte el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, o bien cuando haga una transposición incorrecta de esta. Para resolver las dudas sobre este efecto directo, el Gobierno en funciones de Estado español, el Ministerio de Hacienda y Administración Públicas a través de la Dirección General del Patrimonio, dictó la Resolución de 16 de marzo de 2016 por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en el terreno de la contratación pública. En este sentido, también, debe destacar el documento de estudio aprobado por los tribunales administrativos de contratación pública, en reunión conjunta celebrada el 1 de marzo de 2016, titulado “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin una nueva ley de contratos del sector público”.

órgano jurisdiccional debe aplicar de forma íntegra el derecho de la Unión Europea³⁵.

También se inició un proceso de reforma de la legislación autonómica respecto a la configuración de la figura el concierto³⁶. Como lo sintetiza LAZO VITORIA, los elementos más relevantes de la reforma son: nueva denominación, ya que ahora se hace referencia a “concierto social”; se declara expresa y formalmente que el concierto social está excluido del ámbito de las normas de contratación del sector público; y la ausencia de beneficio en la gestión privada³⁷. Así en el ámbito autonómico se exige una previsión legal expresa que configure la acción concertada, determinando su alcance, las modalidades de servicios y prestaciones y los sistemas retribuidos. Pero esta configuración debe permitir diferenciarla de las prestaciones propias de un contrato de servicios regulado en la LCSP, motivo por el cual la acción concertada se debe basar en precios públicos y en criterios de carácter social.

Algunas comunidades autónomas, aprobaron una legislación que regulaba ese nuevo régimen del concierto social para evitar dudas acerca de la naturaleza distinta de los convenios respecto a los contratos públicos y determinar los principios que deberá regir su celebración. Entre estas reformas, encontramos diferentes modelos de gestión de servicios sociales, al margen de la LCSP. Así, por ejemplo, la Ley murciana 5/2016, de 2 de mayo, por la cual se modifica la Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de servicios sociales de la Región de Murcia, regula específicamente la figura de los convenios con entidades de iniciativa social³⁸. Otras comunidades autónomas como Aragón, las Illes Balears, Extremadura y Asturias regulan los acuerdos de acción concertada con entidades públicas, entidades sin ánimo de lucro o entidades del tercer sector de acción social³⁹. Y otro modelo que encontramos son los conciertos sociales con entidades privadas con o sin ánimo de lucro.

El Estado español, también aprobó la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social⁴⁰, con el objeto de dar un impulso al uso de los conciertos para el desarrollo de programas de acción social de personas o grupos vulnerables en riesgo de exclusión social y atención a las personas con discapacidad o en situación de

35. MORENO MOLINA, J. A., “Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué derecho de la contratación pública aplicamos?”, en <http://obcp.es/opiniones/llego-por-fin-el-18-de-abril-de-2016-y-ahora-que-derecho-de-la-contratacion-publica> (visitado el 20.04.2020).

36 Sobre estas leyes autonómicas *vid.*, ALONSO SECO, J. M., “Las nuevas leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 2017.

37 LAZO VITORIA, X., “La figura del “concierto social” tras las directivas europeas de contratación pública”, en <http://www.obcp.es/opiniones/la-figura-del-concierto-social-tras-las-directivas-europeas-de-contratacion-publica> (visitado el 20.04.2020).

38 En este sentido también se modificó el art. 29.1 d) de la Ley gallega 8/2016, de 8 de julio, por el cual se modifica la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia.

39 *Vid.* Ley aragonesa 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario; la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito de la comunidad de las Illes Balears; la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de concierto social para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio sanitario de Extremadura y la Ley de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social, sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social.

40 CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2015.

dependencia⁴¹. De esta norma destaca, como afirma LÓPEZ-VEIGA BREA el intento de clarificación de la distribución competencial entre la Administración general del Estado y las comunidades autónomas “y el hecho de que se refuerce la consideración de que el papel de las entidades que integran el tercer sector de acción especial no puede, en ningún caso, diluir la responsabilidad de la Administración general del Estado”⁴².

Ante este escenario, en el que el Estado español no realizó una transposición al derecho interno mediante los instrumentos oportunos de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación dentro del plazo máximo otorgado, la Generalitat de Catalunya fue pionera en aprobar un régimen jurídico no contractual de los servicios públicos, mediante una norma con rango de ley para configurar cuestiones afectadas por la aplicación directa de las directivas, como es el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, que desarrolla el régimen jurídico no contractual de los servicios sociales⁴³.

4 | CONCLUSIONES

En los últimos años, el fundamento de la contratación pública ha cambiado de forma notable, al exigirse una visión estratégica de ésta en un contexto económico globalizado. Como se ha apuntado lo largo de este estudio, esta visión estratégica del contrato permite utilizarlo como un instrumento al servicio de las políticas públicas y no exclusivamente como un medio de prestar servicios en las condiciones más ventajosas. Es decir, la contratación pública se convierte en el instrumento de los poderes públicos que debe orientarse a la consolidación de las políticas públicas esenciales, entre las que destacamos la social.

Entre los servicios que prestan las administraciones públicas destacan los servicios sociales o también llamados de atención a las personas, que tienen como finalidad el bienestar y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, con una especial atención hacia los colectivos más vulnerables. Se trata de unos servicios transversales que tienen como componente principal las personas. Así, la inclusión de la política social en la

41 Art. 7 f).

42 LÓPEZ-VEIGA BREA, J., “La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 53, 2017, p. 452. *Vid.* también nota al pie 28.

43 *Vid.* sobre el régimen jurídico de prestación de los servicios sociales en Catalunya, FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, *El model de prestació dels serveis socials de Catalunya basat en la persona des de la perspectiva local*, Atelier, Barcelona, 2018. FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, “Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona en Cataluña”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 9, núm. 3, septiembre – diciembre, 2018 pp. 3-54. FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, “El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la post-crisis en el Estado Español. El caso de Catalunya”, A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm.74, 2018, octubre – diciembre, pp. 25-66. FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, “El sistema de servicios sociales frente a la crisis económica y social del Estado del Bienestar. El modelo catalán de prestaciones de atención a la persona”, *Sistema*, núm. 257, enero, 2020, pp. 61- 84. FORNS I FERNÁNDEZ, M. V “La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña”, *Cuadernos de derecho local (QDL)*, núm. 52, febrero, 2020, pp. 104-139. FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020.

contratación pública resulta imprescindible para la consecución de la máxima calidad en la prestación del servicio, apartando del centro de decisión una errónea visión economicista del contrato público. Estas características hacen de este sector un ámbito que requiere y hace necesaria una regulación específica diferente del régimen general de contratación pública.

El derecho de la Unión Europea de contratación pública también contempla los servicios sociales de manera especial. Como se ha analizado, la Directiva 2014/24/UE dedica una especial atención a los servicios sociales reconociéndole unas especialidades. Además, otorga una amplia libertad a los estados miembros para establecer el régimen jurídico que consideren más adecuado dependiendo de la naturaleza y la finalidad de estos servicios. Este régimen jurídico puede ser tanto de naturaleza contractual como no contractual.

A partir de la publicación de las Directivas de contratación pública de cuarta generación tuvo lugar un importante movimiento legislativo autonómico para redefinir las fórmulas de prestación de los servicios sociales. Este cambio es significativo porque afecta a la colaboración privada con el sistema público de servicios sociales reformulando el concierto social fuera del ámbito de las normas de contratación del sector público. Esto provocó que diferentes legisladores autonómicos aprobaran normas que preveían el concierto social como modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación pública o, más abiertamente, como un instrumento no contractual.

En conclusión, nos encontramos ante una decisión política, cómo gestionar este tipo de servicios tan sensibles, otorgándoles un régimen jurídico contractual o no. Pero esta decisión debería adoptarse viendo las consecuencias que la crisis económica tuvo en el ámbito de los servicios sociales, apostando por la conveniencia de replantearse su régimen jurídico. Como ya apuntó EZQUERRA HUERVA, el gran problema del régimen jurídico de la prestación de estos servicios recae en la facilidad con que los gobiernos y legisladores, según sus preferencias y sensibilidades, pueden implantar medidas restrictivas, constatando como el reconocimiento de derechos por parte del ordenamiento jurídico quedan lejos de cumplirse adecuadamente⁴⁴.

Viendo las consecuencias de esta flexibilidad del régimen jurídico de los servicios sociales en la anterior crisis económica, nos debería llevar a replantearnos el sistema. En efecto, el sistema debería recaer en la posición del ciudadano, para que su atención social estuviese menos condicionada a la decisión política de cada momento. Para ello, autores como EZQUERRA HUERVA consideran que los servicios sociales deberían contar con la correspondiente garantía constitucional, lo que ofrecería a los ciudadanos una mayor protección frente a las decisiones políticas.

44 EZQUERRA HUERVA, A., "Las repercusiones de la crisis económica en el sector de los servicios sociales", *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 40, 2017, p. 104. En este sentido también, LÓPEZ MENUDO, F., "La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica", en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España: realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 29-46.

Pero, aunque detrás de esta decisión hay una parte ideológica, se debería garantizar la configuración de un régimen de prestación de servicios sociales solvente. Se trata de plantearnos en qué grado queremos una sociedad más equilibrada, con igualdad de derechos y oportunidades para todos, fijando un orden de prioridades donde se contemple la dignidad y la cohesión social en un puesto relevante.

La actual crisis sanitaria COVID-19 nos obliga seguir reflexionando sobre las medidas adoptadas en materia de contratación pública. En este contexto de emergencia social y sanitaria debemos repensar las fórmulas jurídicas para potenciar la calidad de la prestación de los servicios mediante procedimientos eficaces y eficientes. Así pues, desde una visión estratégica de la compra pública se aconsejan nuevas fórmulas de colaboración público-privada fuera de los modelos economicistas basados principalmente en el precio.

REFERÊNCIAS

ALONSO SECO, J. M., “Las nuevas leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 2017.

BALLBÉ MALLOL, M., El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007, pp. 215-276.

BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A.; RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pp. 39-49.

CALVO VÉRGEZ, J., “La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del tercer sector de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del tercer sector”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2015, pp. 13-25.

EZQUERRA HUERVA, A., “Las repercusiones de la crisis económica en el sector de los servicios sociales”, *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 40, 2017, pp. 83-105.

FENÁNDEZ ACEVEDO, R.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas del sector”, en AA.VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 239-261.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V., *El model de prestació dels serveis socials de Catalunya basat en la persona des de la perspectiva local*, Atelier, Barcelona, 2018.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V., “Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona en Cataluña”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 9, núm. 3, septiembre – diciembre, 2018 pp. 3-54.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V., “El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la post-crisis en el Estado Español. El caso de Catalunya”, A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm.74, 2018, octubre – diciembre, pp. 25-66.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V., “El sistema de servicios sociales frente a la crisis económica y social del Estado del Bienestar. El modelo catalán de prestaciones de atención a la persona”, *Sistema*, núm. 257, enero, 2020, pp. 61- 84.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, “La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña”, *Cuadernos de derecho local (QDL)*, núm. 52, febrero, 2020, pp. 104-139.

FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020.

FUENTES I GASÓ, J. R., “Estudio preliminar. Los encargos *in house providing* en la nueva legislación procedimental y contractual”, en ALEMAY GARCÍAS, J., *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 17-36.

FUENTES I GASÓ, J. R., “La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta”, *Cuadernos de Derecho Local, (QDL)*, núm. 50, junio, 2019, pp. 14-51.

FUENTES I GASÓ, J. R., “La virtud está en el término medio: las sociedades de economía mixta. Especial referencia al ámbito local”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 76, abril – junio, 2019, pp. 11-39.

FUENTES I GASÓ, J. R., “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives de contractació pública”, en FORNS I FERNÁNDEZ, M. V, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 177-203.

FUENTES I GASÓ, J. R., JUNCOSA I VIDAL, C., La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, núm. 1, vol. 9, enero – abril 2018, pp. 64-124.

FUENTES I GASÓ, J. R., JUNCOSA I VIDAL, C., “Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales”, en CAMPOS ACUÑA, C., (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 87-138.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *DA Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre 2017, pp. 92-113.

GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, pp. 84-100.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Compra pública estratégica”, en PERNAS GARCÍA, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de estudios locales*, núm. 161, 2013, pp. 15-44.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pp. 39-106.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Derecho y Salud*, vol. 25, núm. extraordinario 1, 2015, pp. 65-85.

GIMENO FELIÚ, J. M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, 2017, pp. 241-287

PERSONALIZAÇÃO JURÍDICA DE ANIMAIS NO BRASIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 04/05/2020

Fernanda de Siqueira Chaves

Universidade Presbiteriana Mackenzie

São Paulo – SP

<http://lattes.cnpq.br/9036246373041242>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar a situação jurídica dos animais não humanos ao redor do mundo e no Estado Brasileiro, buscando quebrar o paradigma antropocêntrico perpetuado há séculos entre estudiosos do direito e provar que existe a possibilidade de o Brasil conceder personalidade jurídica aos animais, tal como faz com os seres humanos e outros entes, os enquadrando como Sujeitos de Direito Absolutamente Incapazes, como forma de melhor protegê-los de abusos cometidos por aqueles que são considerados animais racionais, tendo em vista o aumento gradativo de apreço que a sociedade vem desenvolvendo pelos animais, passando a se preocupar mais com o bem estar destes. Para provar tal visão primeiramente faremos uma comparação entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento internacional, apresentando em

seguida, de forma minudente, o desenvolvimento da legislação brasileira, mostrando sua evolução na proteção ambiental, além de discorrer sobre a visão doutrinária brasileira de concessão de personalidade jurídica e apresentar as particularidades da Constituição Federal de 1988, que trouxe uma inovação ao dedicar um capítulo exclusivo a proteção do meio ambiente. Também serão apresentados pensamentos de pesquisadores brasileiros e internacionais sobre o tema “Direito Animal”, uma corrente que começou como um pequeno movimento na década de 70, mas que vem ganhando cada vez mais força ao redor do globo.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade. Animais. Meio Ambiente.

LEGAL PERSONALIZATION OF ANIMALS IN BRAZIL

ABSTRACT: The present article’s purpose is to present the legal status of non-human animals around the world and in the Brazilian State, seeking to brake the anthropocentric paradigm perpetuated for centuries among law scholars and prove there is a possibility of Brazil grant legal personality to animals, as it does with humans and other entities, framing them as Absolutely Incapable Subjects of Law, as a

better way to protect them from the abuses committed by those who are considered to be rational animals, in view of the gradual increase of the appreciation that society has been developing for animals, caring more about their welfare. To prove such point of view we will first make a comparison between Brazilian ordering and the international ordering, then presenting, in detail, the development of the Brazilian legislation, showing its evolution in environmental protection, besides discussing the Brazilian doctrinal view of granting legal personality and present the particularities of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which brought an innovation by dedicating an exclusive chapter to the protection of the environment. We will also present thoughts of Brazilian and international researchers on the theme “Animal Rights”, a stream of thoughts that began as a small movement in the 1970s, but has been gaining more and more strength all around the world.

KEYWORDS: Personality. Animals. Environment.

1 | INTRODUÇÃO

Durante séculos os animais foram tidos como seres inferiores aos seres humanos e por terem este posto de criaturas rebaixadas, indignas, foram e ainda são, vítimas de atrocidades por parte dos humanos.

A relação entre seres humanos e animais varia ao longo das eras e das localidades. Em países como a Índia e Egito, alguns animais são considerados como sagrados, verdadeiros deuses na Terra e maus tratos contra estes são vistos como desrespeito a estas culturas. Já na antiga Roma, berço da *Civil Law*, animais não humanos eram vistos como objetos de usufruto do homem.

No Brasil, os animais são classificados como bens móveis, “objetos” que despertam o interesse da vontade humana, que possuem movimento próprio ou que podem ser movidos sem haver alteração em sua substância. Porém, apesar de o Código Civil de 2002 prever em seu artigo 1.228, § 1º, que o direito de propriedade deva ser exercido “de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico...” o ordenamento brasileiro vem se mostrando ineficaz na proteção dos animais.

A temática do Direito Animal, apesar de pouco discutida no Brasil, vem aos poucos ganhando forças ao redor do mundo. Nos Estados Unidos, o debate sobre a concessão de maiores direitos aos animais começou a ser discutido no fim da década de 70 e início da década de 80 com a publicação dos livros “*Animal Liberation*” do autor Peter Singer, professor da Universidade de Princeton e “*A Case of Animal Rights*” do já falecido autor Tom Regan. Mas foi na década de 90 que as universidades americanas começaram a trazer para suas salas de aula o tema, que foi adotado como parte da grade curricular por várias universidades, incluindo Harvard (FAVRE, 2006). Já no Brasil, podemos destacar nomes como Heron José de Santana Godilho e Tagore Trajano de Almeida Silva, como os

principais pesquisadores sobre o tema do Direito dos Animais no país.

Muitos podem pensar que a ideia de direito dos animais é absurda, uma vez que os animais são seres irracionais que em nada se parecem com os humanos. É verdade que animais e humanos são seres completamente distintos, porém como disse o professor Peter Singer em seu célebre livro “Libertação Animal”: “O reconhecimento desse fato evidente, entretanto, não impede o argumento em defesa da extensão do princípio básico da igualdade a animais não humanos... O princípio básico da igualdade não requer *tratamento* igual ou idêntico, mas sim igual consideração.” (2010, págs. 4 e 5).

Sujeitos de Direitos são seres possuidores de direitos e deveres perante a lei. Porém existem aqueles que por falta de desenvolvimento intelectual, por exemplo, precisam ser representados por outros. São os chamados Sujeitos de Direito absolutamente incapazes, definidos em nosso código como aqueles menores de 16 anos.

Uma questão que deve ser abordada é a responsabilidade penal dos animais. Na Idade Média estes eram considerados partes integrantes do processo, atuando como réus e sendo condenados pelos “crimes cometidos” (LOURENÇO, 2017). Porém trazer tal ideia para os tempos atuais não seria compatível com a realidade, dado o atual conhecimento sobre a capacidade dos animais de responderem por seus atos.

Mas o que seria “animal”? Quais animais poderiam ser personalizados? Por se tratar de um tema extremamente complexo, neste trabalho, consideraremos como animais somente aqueles pertencentes ao filo Chordata (aqueles possuem notocorda), ou seja, os vertebrados (POUGH, F. Harvey, HEISER, John B. e MCFARLAND, William N., 1999), excetuando-se aqueles que por sua mera existência e contato com os humanos, podem causar danos à saúde destes, como por exemplo, ratos e pombos e aqueles criados única e exclusivamente para a indústria alimentícia, como vacas e porcos, o que não quer dizer que estes não devam ser tratados de forma digna e abatidos de forma rápida e indolor.

O Brasil vem, ao longo dos anos, adotando uma série de medidas para a proteção do meio-ambiente, porém tais medidas não se apresentam completamente eficazes, uma vez que situações de maus tratos à fauna ainda são comuns. Portanto, a principal questão abordada neste trabalho, que será conduzido por um procedimento bibliográfico e pelo método dedutivo de raciocínio, será se é possível haver a personalização jurídica de animais no Brasil, o que levaria os animais à condição de sujeitos de direito absolutamente incapazes.

2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Da Personalidade Jurídica e dos Direitos da Personalidade

Todos os seres humanos, ao nascer com vida, adquirem personalidade jurídica. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves personalidade jurídica é a “aptidão genérica para

adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil” (2017, pág. 94).

A personalidade está ligada à ideia de pessoa e se estende a todos os seres humanos. Pessoa, por sua vez, é todo ente físico ou coletivo que pode assumir direitos e obrigações, também podendo ser chamado de sujeito de direitos (DINIZ, 2015).

Para Clóvis Beviláqua, personalidade constitui “o conjunto dos direitos atuais ou meramente possíveis, e das faculdades jurídicas atribuídas a um ser”. (BEVILÁQUA *apud* BORGES)

Como foi dito, toda pessoa, ou seja, todo sujeito de direito, pode ser titular de direitos. Há, contudo uma série de direitos que estão ligados intrinsecamente a seus titulares de maneira permanente, são aqueles que “afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato” (VENOSA, 2015), são os chamados Direitos da Personalidade.

Estes direitos têm como principais características a sua inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, podendo citar entre eles o direito à liberdade e o direito à vida (ou como diz Maria Helena Diniz, o “direito ao respeito à vida”).

Porém, segundo a professora Edna Cardozo Dias (2006, pág.119), apesar de a maioria das doutrinas pregarem que tais direitos são apenas ligados à pessoa humana, também são direitos que todos os seres vivos possuem, ou seja, mesmo que os animais não sejam biologicamente semelhantes aos seres humanos, estes também possuem direitos como o direito à vida, à liberdade e à dignidade.

2.2 O Animal não humano e o Ordenamento Brasileiro e Internacional

É justamente pensando na proteção da fauna e do meio-ambiente que países do mundo inteiro vem ao longo dos anos criando leis nacionais e assinando tratados internacionais que visam proteger a natureza.

Dos tratados internacionais que procuram proteger os animais, aquele que devemos dar um destaque especial é a “Declaração Universal dos Direitos dos Animais”, criada pela UNESCO em 1978, do qual o Brasil é um dos signatários.

Este tratado traz em seus quatorze artigos disposições que defendem que os animais, assim como os seres humanos, também possuem direito à uma existência saudável e que “o homem, como espécie animal, não pode exterminar os outros animais... têm o dever de pôr os seus conhecimentos ao serviço dos animais” (art. 2º).

Ademais, no referido tratado, em seu artigo 14, inciso II traz a seguinte disposição: “*Os direitos dos animais devem ser definidos por leis como os direitos do homem*”. Porém, no Brasil, antes mesmo deste dispositivo ser criado, já havia um decreto 24.645/1934, que já trazia ao país uma pequena noção do que hoje chamamos de “Direito dos Animais”.

Em 1967, época que vigorava o regime militar no Brasil, foi criada a lei 5.197/67, a

chamada Lei da Fauna, que apesar de prever a criação de reservas biológicas e proibir a caça de animais silvestres em determinadas épocas do ano, prevendo agravo de pena àqueles que caçarem em certos horários, que usarem de abuso de confiança ou fraude, aproveitar de licença de autoridade ou cometer a infração em lugares onde a caça for proibida (art. 29), regulamentavam a caça, permitindo a criação de parques onde tal atividade poderia ser praticada “*com fins lucrativos, educativos e turísticos*” (art. 5º, alínea b).

Com o advento da Constituição de 1988, o meio-ambiente ganhou um capítulo próprio que é composto pelo artigo 225 e seus parágrafos, uma vez que o direito ao meio-ambiente é classificado como um Direito Fundamental de Terceira Geração.

Em 1998, dez anos após a Constituição, foi criada a lei 9.605/98, a Lei dos Crimes Ambientais que prevê punição a quem, de qualquer forma, seja direta ou indiretamente, comete os crimes previstos nesta lei. Entre seus artigos mais relevantes, estão o artigo 29 (já mencionado anteriormente), que prevê em seu caput pena de detenção de seis meses a um ano e multa para quem matar, perseguir, caçar ou apanhar espécimes da fauna silvestre nacional ou aquelas que estão em rota migratória, mostrando assim uma maior preocupação não só com a fauna nacional, mas também com a fauna do mundo inteiro, com isso percebemos uma maior preocupação do legislador pós Constituição de 88 com o meio ambiente, do que o legislador de 67, que permitia a caça por mero prazer.

Outro artigo da referida lei que é de extrema relevância é o artigo 32, que possui o seguinte enunciado:

Art. 32: Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Também diz o parágrafo primeiro deste artigo que irá incorrer nas mesmas penas quem praticar experimento cruel ou doloroso em animal vivo, mesmo que por motivos didáticos ou científicos, quando existirem métodos alternativos, o que com o avanço tecnológico, vem sendo cada vez mais utilizados.

Como se pode concluir da leitura do referido artigo 32, quando o legislador diz que será punido aquele que ferir ou mutilar animais, sejam estes silvestres ou domésticos, podemos comprovar que houve uma preocupação em proteger a integridade física dos animais, da mesma forma que a integridade física humana sempre foi protegida. Assim há a garantia de que situações como a mutilação de orelhas e rabos de cachorros apenas para satisfazer caprichos de seus donos, não seriam mais toleradas. Porém, como sabemos, essas situações ainda ocorrem por todo país, que sem a devida fiscalização, permite que donos de animais e veterinários saiam impunes.

O Brasil, apesar da clara resistência em conceder maiores direitos aos animais, vem ao longo dos anos por meio de julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal,

mostrando-se contra situações que apresentem riscos aos animais (mesmos sendo estas manifestações culturais), como nos casos da “vaquejada” (ADI nº 4983/CE), “rinha de galos” (ADI nº 1856/RJ) e “farra do boi” (ADI nº 2514/SC).

Analisando a proteção animal na esfera internacional, podemos apontar casos próximos de nosso país, como a Colômbia, cuja Corte Constitucional em sua *Sentencia C-283/2014* declarou que é constitucional a lei que proíbe o uso de animais selvagens em circos, sejam eles fixos ou itinerantes. A Corte usou como principal argumento o fato de que tradições estabelecidas há tempos não poderiam ser justificativas para perpetuar práticas cruéis. Acrescentaram ainda que manifestações culturais devem servir para educar a população sobre a importância de proteger os animais, e não a maltratá-los e que situações vistas em circos com animais (Cativeiro, Agressões) influenciam no comportamento do animal, que se torna mais agressivo.

A Suprema Corte da Índia, em uma decisão de 2012, proibiu o uso de bois e touros em exposições, corridas de carroça e afins, mesmo se tratando de festivais tradicionais indianos.

Na Alemanha, o Código Civil Alemão reconhece uma categoria jurídica denominada “animais”, que é intermediária entre bens e pessoas. Já em seu país vizinho, a França, em 1850, muito antes de qualquer país sequer pensar em proteção aos direitos dos animais, criou a Lei Grammont, lei esta que proibiu que cenas de maus tratos fossem praticados em via pública, e em 1959 o governo francês proibiu qualquer tipo de maus tratos seja em via pública ou não.

2.3 O Animal Não Humano e a Constituição Federal de 1988

Com o advento da Constituição Federal de 1988, não foi apenas o regime do país, saindo de um regime ditatorial para um regime democrático, que foi alterado. A Constituição Cidadã também se voltou para o meio ambiente, bem de importância fundamental para os seres humanos, criando um capítulo próprio destinado à sua proteção, sendo este formado pelo artigo 225 e seus incisos, tendo o caput o seguinte enunciado:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Como se pode notar, o legislador constituinte afirma expressamente que o meio ambiente é imprescindível para a manutenção da qualidade de vida e ao usar o termo “meio ambiente” podemos aqui incluir também os animais, pois cada um, à sua maneira, possui uma tarefa para que a natureza siga seu fluxo natural.

Ao dizer que o meio ambiente deve ser equilibrado, significa que ele não pode ser destruído ou explorado por interesses de qualquer natureza, incluindo por interesses econômicos, portanto, não se pode, por exemplo, caçar um animal sob o pretexto de uma

empresa fabricante de roupas lhe retirar o couro ou o pelo para a fabricação de roupas. De acordo com Yves Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos no oitavo volume de seu livro *Comentários à Constituição do Brasil* afirmam que “essa postura do legislador supremo torna as “deseconomias externas” (utilização do bem da coletividade a custo zero, como as águas dos rios para a indústria de celulose, os peixes para a indústria de produtos alimentícios) sujeitas a regras especiais e até à tributo compensatório pelos danos ao meio ambiente, cuja instituição é permitida pelo artigo 149.” (pág. 889, 1998).

O parágrafo primeiro do referido artigo diz que o Poder Público é incumbido de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo seus incisos um rol de obrigações que devem ser cumpridas. Porém para que haja a efetiva proteção, a própria Constituição prevê não só no artigo 225, como em toda sua extensão, regras para assegurar o cumprimento do previsto no parágrafo primeiro, dando à própria população o direito de agir, por meio da propositura de Ação Popular, de forma a anular ato lesivo ao meio ambiente.

2.4 O atual panorama jurídico

2.4.1 O Direito Civil Tradicional:

Nosso Direito Civil define os animais como bens móveis pertencentes à categoria dos “bens suscetíveis de movimento próprio” (artigo 82, Lei 10.406/02). Porém, esta definição, que objetifica os animais não humanos, quando, por motivos já biologicamente comprovados, estes são completamente diferentes de outros bens conhecidos a nós humanos, mostra-se (como iremos demonstrar) falha ao defender o bem estar destes.

É verdade que nosso ordenamento jurídico traz disposições sobre a proteção dos animais e da natureza como um todo. Na lei 10.406/02 (nosso atual Código Civil) é enunciado expressamente em seu artigo 1.228, §1º, que o direito a propriedade deve ser exercido respeitando os dispostos em leis especiais visando à proteção da fauna, da flora e das belezas naturais.

Também o Brasil possui um vasto ordenamento ambiental, como a lei 9.605/98 que tem como um de seus mais notórios artigos, o de número 32 que tipifica como crime “praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.”. Porém, mesmo com a existência desta lei, o número de animais, tanto domésticos quanto silvestres, vítimas de maus tratos vem subindo cada vez mais. Ao longo do ano 2016, a polícia civil paulista registrou 21 casos de maus tratos à animais por dia, cerca de 630 casos por mês, sendo que 9.6% dos casos registrados ocorreram na cidade de São Paulo (TOLEDO, Luiz Fernando e GIRARDI, Giovanna, 2016).

Mas a procura pela proteção dos animais não data apenas das últimas décadas do

século XX e do início do século XXI. O Decreto 24.645/1934 trazia em seu artigo 3º um extenso rol de atos que devem ser considerados maus tratos. Entre os atos considerados maus tratos, podemos destacar:

II. Manter animais em lugar anti-higiênico ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;

III. Obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo o ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;

V. Abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária

VI. Não dar morte rápida, livre de sofrimentos prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo ou não

X. Utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidades com ruas calçadas

XVI. Fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento;

Como pode-se observar, os incisos III e VI do referido Decreto estão respectivamente em consonância com o enunciado do art. 3º, inciso II e artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais criada pela UNESCO em 1978, da qual o Brasil é signatário.

Algo interessante de se mencionar é que o inciso V do artigo 3º do decreto 24.645/34 diz que é considerado maus tratos “abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado”. Porém o que o legislador de 1934 não pensou é que mesmo abandonar um animal saudável pode ser considerado um ato de maus tratos, uma vez que sem os cuidados necessários, o animal virá a adoecer ou a ser atropelado, o que é igualmente cruel.

Ademais o tráfico de animais silvestres também se apresenta preocupante, sendo um mercado que movimenta por ano, cerca de 1,5 bilhões de dólares. Segundo o artigo 29, § 1º, III da lei 9.605/98, incorre na pena de detenção de seis meses a um ano “quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.”.

Por mais que haja leis e decretos que versam sobre a proteção animal, ainda hoje há muita resistência em conceder mais direitos as estes seres. É sobre as raízes dessa hesitação, mais profunda do que seria possível imaginar, que versa o tópico a seguir.

2.4.2 O Especismo de Peter Singer

Um questionamento que se deve fazer ao pensar no tema da classificação dos

animais como “coisa” no ordenamento brasileiro é: “Mas afinal, por que classificamos os animais não humanos de tal forma, como se a vida destes valesse menos que a nossa?”.

O autor australiano Peter Singer, grande nome do Direito Animal mundial, em seu livro *Animal Liberation (Libertação Animal* em português) trouxe um conceito considerado revolucionário até os dias de hoje, ainda mais para a época em que a 1ª edição de seu livro foi lançado (em meados da década de 70): o conceito de especismo.

Segundo Singer (2010, pág. 11), Especismo é “o preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra outras”.

Singer diz que o Especismo é o fato que faz o ser humano achar “tolerável” situações que põe os animais em condições de maus tratos (como em testes farmacêuticos, por exemplo), uma vez que estaria presente no inconsciente de cada indivíduo o pensamento de que os animais, por terem um grau de inteligência menor do que os seres humanos, não são capazes de sofrer.

Porém como disse Jeremy Bentham em “Uma Introdução à filosofia da Moral e da Legislação”: “Talvez chegue um dia em que o restante da criação animal venha a adquirir os direitos que jamais poderiam ter-lhe sido negados, a não ser pela mão da tirania. Os franceses já descobriram que o escuro da pele não é razão para que um ser humano seja irremediavelmente abandonado aos caprichos de um torturador. É possível que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a terminação do osso sacro são motivos igualmente insuficientes para abandonar um ser senciente ao mesmo destino... A questão não é “Eles são capazes de *raciocinar?*”, nem “São capazes de *falar?*”, mas: “Eles são capazes de *sofrer?*””.

Com isso vemos que o que deve ser levado em conta para a defesa dos direitos de um ser não é sua capacidade de raciocínio, mas sim sua capacidade de sentir e de sofrer caso algum mal lhe seja imposto. Assim sendo, voltemos à pergunta feita por Bentham: “Eles são capazes de sofrer?”.

Sobre isso disse Richard Serjeant: “Dizer que sentem menos porque são animais inferiores é um absurdo: facilmente se pode demonstrar que vários de seus sentidos são muito mais apurados do que os nossos... Deixando de lado a complexidade do córtex cerebral (que percebe diretamente a dor), seu sistema nervoso é praticamente idêntico ao nosso, e suas reações à dor, extraordinariamente semelhantes, embora careçam (até onde sabemos) de nuances filosóficas e morais...” (SINGER apud SERJEANT, 2010).

Portanto, se os animais são capazes de sofrer assim como os humanos, e por isso nós, no papel de seres racionalmente mais desenvolvidos, temos o dever de oferecer a eles maior proteção, uma vez que estes são dependentes de nós para sua sobrevivência na Terra.

2.5 Da incapacidade absoluta dos animais

Entre os estudiosos do Direito há a concordância de que o conceito de *personalidade* e *capacidade* são sinônimos. Para Carlos Roberto Gonçalves “a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada” (2017, pág. 95).

A capacidade divide-se em duas espécies: a de *direito* e a de *fato*. A capacidade de direito é aquela que todos possuem, aquela que surge ao se nascer com vida. Já a de fato é “a aptidão para exercer, por si os atos da vida civil” (DINIZ, pág.169).

“Incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção” (GONÇALVES, 2017).

Existem dois tipos de incapacidades: a *absoluta* e a *relativa*. Neste trabalho, daremos mais ênfase na absoluta. As hipóteses de incapacidade absoluta estão elencadas no artigo 3º do atual Código Civil, assim enunciado:

Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Como se pode ver, atualmente, a única hipótese de incapacidade absoluta para o ordenamento brasileiro é a questão etária. Porém, como vamos explicar melhor adiante, os animais, se personalizados, deveriam se enquadrar nesta categoria, mudando a redação do artigo 3º para a seguinte:

Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – Os menores de 16 (dezesesseis) anos;

II – Os animais não humanos;

Mas por que enquadrá-los como absolutamente incapazes? Ora, pelo mesmo motivo que até alguns anos atrás, enquadrávamos como absolutamente incapazes os deficientes mentais. Os animais, como já é sabido, não possuem exatamente o mesmo desenvolvimento mental que nós humanos, eles são sim capazes de ter emoções, de sentir dor, mas nunca veremos um animal praticar atos que para nós humanos são comuns, como falar, escrever, pleitear direitos por si só.

Exatamente por não serem capazes de exercerem atos da vida civil, é que estes seres, assim como os menores de dezesseis anos, devem ser protegidos por seus tutores (ou “donos” como dizemos hoje) que devem prover seu bem-estar e lutar na justiça por este, se necessário.

Uma questão que deve ser abordada é a responsabilidade penal dos animais. Na Idade Média estes eram considerados partes integrantes do processo, atuando como réus e sendo condenados pelos “crimes cometidos” (LOURENÇO, 2017). Porém trazer tal ideia para os tempos atuais não seria compatível com a realidade, dado o fato que o termo “Culpabilidade”, muito empregado no Direito Penal, em seu sentido mais amplo, é

a responsabilidade do autor da conduta criminosa pelo ato ilícito que praticou (SMANIO e FABRETTI *apud* VON LISZT, 2016), lembrando que “Responsabilidade” é a capacidade de alguém ressarcir outrem pelos prejuízos causados, coisa que os animais, por si só não podem fazer.

Justamente por serem absolutamente incapazes, os animais não poderiam responder por seus atos, como por exemplo, se atacarem alguém, uma vez que eles não possuem senso moral, portanto, não sabem distinguir aquilo que é moralmente certo ou errado. Um humano sabe que matar alguém é moralmente e penalmente condenável em nossa sociedade, ou seja, se o fizer, será condenado pois sua ação é algo que há eras é considerado errado aos olhos do mundo. Se um animal mata, é porque este se sentiu ameaçado de alguma forma e quis se defender ou para se alimentar, ele não tem a maldade e os desvios de caráter que alguns seres humanos possuem, ele age por instinto, é algo da natureza deste e, portanto, não é passível de condenação para o animal. Porém seus tutores devem responder, uma vez que assim como é responsabilidade deles prezar pelo bem-estar do animal, também é sua responsabilidade impedir que este animal venha causar dano a outrem.

2.6 Por que devemos falar em Direito dos Animais?

Apesar dos avanços que o Brasil fez em relação à sua legislação ambiental ao longo dos anos, ainda é um dos países que menos tem um pensamento consciente quando o assunto é bem-estar animal.

Nossas leis possuem penas muito brandas para aqueles que praticam crimes contra a vida animal, seja ela selvagem ou doméstica. Juntando este fato concreto ao pensamento antropocêntrico que impregna nossa sociedade e nosso ordenamento jurídico, por várias vezes agentes de crimes contra a fauna saem impunes de suas condutas criminosas, fazendo valer aquela máxima popular de que, às vezes, “o crime compensa”.

Muitas vezes, em situações de crimes contra a fauna é usado o Princípio da Insignificância para excusar o acusado de sua responsabilidade pelo mal causado ao meio ambiente. Segundo o Ministro Celso de Mello este princípio pode ser aplicado quando houver os seguintes elementos:

1. Ausência de periculosidade para a sociedade
2. A ação do agente tiver nível de ofensividade mínimo
3. A lesão jurídica for de valor inexpressivo
4. A conduta praticada não for reprovável (CAMPOS *apud* HC 84.412/SP)

Porém como já visto anteriormente, o meio-ambiente é atualmente considerado um Direito Fundamental de Terceira Geração, tamanha é a sua importância para uma existência humana saudável e equilibrada, qualquer dano causado a ele fere não só o

próprio meio ambiente, como a humanidade em si. Portanto, não faz sentido utilizar este princípio como forma de defender os agressores a este bem tão importante.

Como diz Luciana Campos, “se um indivíduo captura um único exemplar silvestre e, da mesma forma, outro indivíduo captura outro e assim sucessivamente, vários animais serão capturados, embora apenas um animal por pessoa” (CAMPOS, 2014). Tal argumento mostra mais um lado negativo de os magistrados utilizarem o princípio da insignificância como fundamentação para suas decisões, pois o acúmulo de decisões como estas acaba compactuando para um desequilíbrio ecológico.

Está claro que essa posição tomada de “deixar de lado” os interesses de outros seres que não os humanos em detrimento aos interesses humanos não é algo recente. Este antropocentrismo data desde o Império Romano, quando só eram titulares de personalidade jurídica os homens livres nascidos em Roma, deixando de fora da condição de cidadãos as mulheres e os estrangeiros.

Após a queda do Império Romano, veio o período da Idade Média, onde reinava um pensamento fundamentado nos textos sagrados da Bíblia e onde a Igreja Católica ditava as regras da sociedade. Baseado neste pensamento cristão, havia o pensamento comum que deveriam os seres humanos dominar e controlar os animais, uma vez que eram a imagem do Deus Pai.

No entanto, apesar de séculos deste pensamento ultrapassado de que os animais deveriam ser tratados como meros objetos, podendo serem submetidos a todos os tipos de atrocidades de acordo com a vontade humana, o primeiro sinal de mudança veio com Bentham, no século XVIII, que como foi dito anteriormente, trouxe o pensamento de que o que deve ser levado em consideração ao conceder direitos a um ser, deveria ser sua capacidade de sofrer, não de raciocinar.

O movimento em favor dos direitos dos animais teve seu início após as publicações dos livros *Animal Rights* de Peter Singer e *A Case of Animal Rights* de Tom Reagan, o que deu aos pequenos movimentos que já existiam anteriormente respaldo científico, uma vez que ambos os escritores eram renomados filósofos e professores de renomadas universidades.

Com os intensos movimentos sociais em prol do bem estar animal que ocorreram durante as décadas de 80 e início da década de 90, os estudantes das faculdades americanas de direito começaram a reivindicar mudanças jurídicas em favor dos animais (FAVRE, 2006). O resultado desses movimentos, além da criação de revistas científicas escritas pelos próprios estudantes falando sobre o tema, foi a inclusão da matéria “Direito Animal” nas grades curriculares de diversas universidades, sendo a pioneira a Universidade de Harvard.

Quando falamos em conceder maior dignidade à vida dos animais, nos referimos principalmente ao direito à vida e ao direito à liberdade, direitos estes fundamentais para qualquer ser vivente. Direito à vida este que é defendido com especial ênfase no artigo

primeiro da supracitada Declaração Universal dos Direitos dos Animais da seguinte forma:

Art. 1º: Todos os animais nascem iguais perante a vida e têm o mesmo direito à existência.

É presente no conhecimento comum que o homem, desde os primórdios, se achou no direito de fazer o que bem entendia com os animais, matando-os de acordo com sua vontade, não por questões de necessidade. Ainda hoje vemos casos de animais entregues deliberadamente a um trágico fim por mera negligência ou descaso dos seres humanos. Como um entre vários exemplos, podemos citar o caso de CCZ's (Centros de Controle de Zoonoses) por todo país que ao invés de tratar animais doentes em situação de abandono, os recolhem e os matam indiscriminadamente, muitas vezes de maneira cruel.

Neste exemplo, é claro que as atitudes tomadas por estes órgãos que deviam não só zelar pelo bem estar dos humanos, como também de animais, que há uma violação grotesca à Constituição, que diz que é dever do Poder Público garantir um meio ambiente equilibrado, além de que tais atitudes são ilegais, uma vez que vão contra o disposto no artigo 32 da lei 9.605/98 e no decreto 24.645/1934 (MARTINS, 2006)

O Direito à Liberdade, assim como para nós humanos, é o direito de ir e vir sem objeções de quem quer que seja, o que para os animais podemos considerar como tal o direito de não serem retirados de seus habitat naturais ou aprisionados em lugares que não respeitam o conceito das “Cinco Liberdades” criado por Peter Singer, conceito este que envolve o direito de possuir espaço para se virar, levantar, deitar, limpar e estender os membros sem qualquer dificuldade.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode perceber, o direito dos animais é um tema que tem importância não somente para os animais em si, para proteger suas vidas e sua dignidade, mas também para poder assegurar o direito dos seres humanos a um meio ambiente equilibrado, que garanta um planeta saudável para todas as futuras gerações, uma vez que os animais executam, cada um a sua maneira, um papel fundamental para garantir tal objetivo.

A humanidade vem caminhando para conceder mais direitos a estes seres, porém o tema ainda é pouco explorado e carece de mais estudiosos e pesquisadores sobre o assunto para que enfim, o objetivo de muitos ativistas do Direito Animal consiga ser alcançada.

Com este trabalho, tentamos agregar conhecimentos ao tema, ainda pouco explorado no Brasil, país com uma biodiversidade extensa e que por isso, precisa de leis fortes e eficientes para que seja possível manter esta biodiversidade viva pelos séculos futuros. Por isso que a personalização jurídica mostra-se uma alternativa para garantir a proteção ambiental almejada.

Considerar animais como sujeitos de direito não é algo que vai contra a realidade, uma vez que assim são concebidos entes como os nascituros, o espólio, a massa falida, os condomínios e as pessoas jurídicas, sendo que estas últimas surgem apenas da declaração de vontade de pessoas físicas. (OLIVEIRA e BRITO, 2014).

Conforme apresentamos neste trabalho, a relutância em conceder mais direitos aos animais, seres com racionalidade limitada, é algo que está intrínseco no pensamento da população e dos juristas brasileiros, por conta de uma extensa história de pensamento antropocêntrico e especista. Porém como também vimos, o pensamento retrógrado de que animais não podem ter direito pois não raciocinam e portanto, são incapazes de sentir, é infundado, já que é mais do que cientificamente provado que animais podem sim sofrer e sentir dor como nós humanos, e portanto, podem ser titulares de direitos, como afirmava Bentham ainda no século XVIII.

Portanto, a personalização jurídica de animais é sim uma alternativa para a melhor proteção destes contra abusos cometidos pelos humanos, abusos estes que muitas vezes são tomados como insignificantes, mas que se não controlados e punidos, podem causar danos irreparáveis não só para as espécies presentes na natureza, como para a humanidade como um todo, uma vez que sendo os animais considerados sujeitos de direito absolutamente incapazes, haverá uma maior responsabilização dos seres humanos (sujeitos de direitos capazes) em relação a eventos negativos que possam ocorrer com estes.

Este trabalho teve como objetivo apresentar uma possível solução para a questão da proteção animal no Brasil, porém esta não é a única alternativa. Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar 27/2018, de autoria do deputado federal Ricardo Izar. Este PLC, que provavelmente teve inspiração no Código Civil Alemão, traz a proposta de criar uma categoria específica para os animais, tirando-os da classificação de “bens” e criando assim uma categoria intermediária entre objetos e pessoas. Independente de qual corrente de pensamento seja adotada (se animais devem ser considerados sujeitos de direito absolutamente incapazes ou se devem possuir uma classificação própria), o que pode-se perceber é que enfim o Brasil está caminhando em direção a um futuro em que o homem finalmente terá uma coexistência equilibrada com o resto do reino animal.

REFERÊNCIAS

BARÃO, Maria Luzia Dorigo. **A Personificação Jurídica dos Animais**. Universidade Tuiuti do Paraná. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. “Do Meio Ambiente”. IN: BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 8º Volume, São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 889.

BÉLGICA, UNESCO, **Declaração Universal dos Direitos dos Animais** de 27 de Janeiro de 1978, artigo 3º, inciso II, Bruxelas, Bélgica, 1978.

BENTHAM, Jeremy. “Os Limites do setor penal da jurisprudência”. IN: BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução à filosofia da Moral e da Legislação**. 2ª Edição, São Paulo: Abril Cultural, 1979, pág. 63.

BEVILÁQUA, Clóvis *apud* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Direitos da Personalidade”. IN: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2009, pág.8.

BRASIL, Decreto nº 24.645, de 10 de Julho de 1934, artigo 3º, Rio de Janeiro, RJ, Julho, 1934.

BRASIL, Lei nº 5.197, de 03 de Janeiro de 1967. **Lei da Fauna**, artigo 29º, Brasília, DF, Janeiro, 1967.

BRASIL, Lei nº 5.197, de 03 de Janeiro de 1967. **Lei da Fauna**, artigo 5º, alínea b, Brasília, DF, Janeiro, 1967.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 225, Brasília, DF, Outubro, 1988.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. **Lei dos Crimes Ambientais**, artigo 29º, Brasília, DF, Fevereiro, 1998.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. **Lei dos Crimes Ambientais**, artigo 32, *caput*, Brasília, DF, Fevereiro, 1998.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. **Lei dos Crimes Ambientais**, artigo 32, parágrafo 1º, Brasília, DF, Fevereiro, 1998.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**, artigo 3º, Brasília, DF, Janeiro, 2002.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**, artigo 82º, Brasília, DF, Janeiro, 2002.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**, artigo 1.228, parágrafo 1º, Brasília, DF, Janeiro, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 4983/CE – Ceará**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJe de 27/04/2017. Documento: 9247837. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874> Acesso em: 16/10/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 2514/SC – Santa Catarina**. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJ de 09/12/2005. Documento: 102002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833> Acesso em: 02/11/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1856/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJe de 13/10/2011. Documento: 1496731. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634> Acesso em: 25/10/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Pesquisa de Jurisprudência Internacional**, nº 7, de 08 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/intranetSdoPautaPlenario/anexo/Pesquisa7Direitosdosanimais.pdf> Acesso em: 10 de Maio de 2019.

CAMPOS, Luciana. **Aplicação do “Princípio da Insignificância” nos crimes contra a fauna**. IN: Revista Direito & Justiça, Rio Grande do Sul, vol. 40, nº 2, pág. 160, Julho, 2014. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17326/11145> Acesso em: 15/04/2019.

DIAS, Edna Cardozo. *Os animais como sujeitos de direito*. IN: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, vol. 1, nº. 1, pág. 119, Janeiro, 2006.

DINIZ, Maria Helena. “Das Pessoas”: “Personalidade”. IN: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015. Págs. 129-130.

FAUTH, Juliana de Andrade. **A Natureza Jurídica dos Animais: Rompendo com a tradição antropocêntrica do direito civil**. IN: Revista UNIFACS, Salvador, n. 190, Abril, 2016.

FAVRE, David. **O Ganho de Força dos Direitos dos Animais**. IN: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, vol. 1, nº 1, pág. 25, Janeiro, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. “Das Personalidade e da Capacidade”: “Personalidade Jurídica”. IN:

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 94.

GONÇALVES, Carlos Roberto. “Das Incapacidades”. IN: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 110.

LOURENÇO, Daniel Braga. **A persecução e a condenação criminal de animais: o processo judicial como meio de conferir integridade às narrativas sociais em conflito**. IN: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, vol. 12, nº 2, pág. 85, Maio, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1539> Acesso em: 15/03/2018.

MELLO, Celso de *apud* CAMPOS, Luciana. **Aplicação do “Princípio da Insignificância” nos crimes contra a fauna**. IN: Revista Direito & Justiça, Rio Grande do Sul, vol. 40, nº 2, pág. 160, Julho, 2014. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17326/11145> Acesso em: 15/04/2019.

MARTINS, Renata de Freitas. **“Eutanásia humanitária”: ética ou prática falaciosa visando-se ao pretense controle da população de animais de rua e de zoonoses?**. IN: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, vol. 1, nº1, pág. 199, Junho, 2006.

OLIVEIRA, Bianca Silva e BRITO, Fernando de Azevedo Alves. **Personificação Jurídica dos Animais não humanos: ética, prática, história e constitucionalismo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28537/personalidade-e-persuasao-etica-pratica-historia-e-constitucionalismo-em-um-discurso-sobre-a-personificacao-juridica-dos-animais-nao-humanos> Acesso em: 20/06/2019.

POUGH, F. Harvey, HEISER, John B. e MCFARLAND, William N. “A Origem dos Vertebrados”. IN: POUGH, F. Harvey, HEISER, John B. e MCFARLAND, William N. **A Vida dos Vertebrados**. 2ª Edição. São Paulo: Atheneu, 1999, Pág. 45.

SERJEANT, Richard *apud* SINGER, Peter. “Todos Animais são iguais...”. IN: SINGER, Peter. **Libertação Animal**. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pág. 20.

SINGER, Peter. “Todos Animais são iguais...”. IN: SINGER, Peter. **Libertação Animal**. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pág. 11.

TOLEDO, Luiz Fernando e GIRARDI, Giovanna. **Polícia Registra 21 casos de maus tratos a animais por dia no estado de SP**. IN: Jornal Estado de São Paulo, São Paulo, 27 de Agosto de 2016. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,policia-registra-21-casos-de-maus-tratos-a-animais-por-dia-no-estado-de-sp,10000072438> Acesso em: 24/02/2018.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. **A Tutela Jurídica dos Animais no Brasil e no Direito Comparado**. IN: Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, vol. 11, nº 7, pág. 197, Dezembro, 2012.

TRAFICO DE ANIMAIS SILVESTRES, Brasília, Setembro, 2017. Disponível em: <http://www.renctas.org.br/ambientebrasil-traffic-de-animais-silvestres/> Acesso em: 19/02/2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. "Direitos da Personalidade. Nome Civil das Pessoas Naturais": "Direitos da Personalidade. Noção e Compreensão". IN: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 15ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 179.

VON LISZT, Franz *apud* SMANIO, Gianpaolo POGGIO e FABRETTI, Humberto Barrionuevo. "Princípio da Culpabilidade". IN: SMANIO, Gianpaolo Poggio e FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao Direito Penal – Criminologia, Princípios e Cidadania**. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016. Pág. 183.

O CRITÉRIO DE SENCIÊNCIA DOS ANIMAIS HUMANOS E NÃO HUMANOS E SUA CONDIÇÃO COMO “SUJEITO DE DIREITO”

Data de aceite: 03/08/2020

Data da submissão: 04/05/2020

Robson Oliveira Costa Domingos

Unifimes – Centro Universitário de Mineiros
Mineiros – Goiás

Edivania Lazzari Domingos de Souza

Unifimes – Centro Universitário de Mineiros
Mineiros – Goiás

RESUMO: O presente trabalho é uma revisão bibliográfica usando diversos autores que pleiteiam a tese em relação a sentiência e a condição “Sujeito de Direito”. A problemática do tema é a metodologia dos critérios acerca da sentiência em animais humanos e não humanos, e ainda entender a premissa de um “sujeito de direito”.

PALAVRAS-CHAVE: Senciência, Direito, Sujeito, Critério, Condição.

THE CRITERION OF SENTIENCE OF
HUMAN AND NON-HUMAN ANIMALS AND
THEIR CONDITION AS “SUBJECT OF
RIGHTS”

ABSTRACT: The present work is a bibliographic

review using several authors who plead the thesis in relation to sentience and the condition “Subject of Right”. The problematic of the theme is the methodology of the criteria about sentience in human and non-human animals, and also to understand the premise of a “Subject of Right”.

KEYWORDS: Sentience, Right, Subject, Criterion, Condition.

1 | INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico direcionado aos animais não humanos, muda conforme a necessidade do homem, sendo estes tratados ora como reles objetos, ora como sujeitos de direito. Segundo o filósofo Immanuel Kant (1724-1804), que dizia que os animais não humanos eram seres desprovidos de qualquer necessidade, negando assim qualquer obrigação para com estes, os considerando seres sem racionalidade e sem aptidão de autonomia, confirma que os presentes estudos acerca da sentiência são passos revolucionários para o aprimoramento da condição de um “sujeito de direito”, fazendo com que a pauta de direito animal voltasse com maior força, tendo a necessidade da ponderação dos nossos costumes, culturas,

religiões e até mesmo traços evolucionistas, nos direcionando, então, para o jurídico.

2 | METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado é descritivo e explicativo, utilizando-se de revisões bibliográficas como técnica e sua abordagem é qualitativa.

3 | CRITÉRIO DE SENCIÊNCIA

Para início do trabalho, devemos entender o que é a senciência, e ainda, a forma a qual é percebida em seres providos de consciência.

Segundo a organização Animal-Ethics, “A senciência é a capacidade de ser afetado positiva ou negativamente. É a capacidade de ter experiências.” (**Animal-Ethics**, 2019). Um ser senciente, possui consciência sobre os atos da sua vida, podendo de certa forma, ser influenciado por experiências positivas e negativas, exemplos práticos do dia a dia são os animais de rua que vivem através da experimentação, como cães que quando tratados bem em um determinado local, na forma de experiência positiva, sempre irão retornar, de outra forma, quando estes são tratados mal, experienciando de forma negativa, tendem a não retornar aquele local. Os possuintes de senciência, aqueles que tem a capacidade para sentir, são diferenciados de simples máquinas, pois, estes, possuem a capacidade para receber ou reagir a estímulos de maneira consciente, esta capacidade, se dá, quando um organismo tiver um sistema nervoso central, ao qual seu funcionamento dá forma à consciência.

No dia 07 de julho de 2012, um grupo de cientistas internacionais, envolvendo especialistas das áreas de neurociência cognitiva, neurofarmacologia, neurofisiologia, neuroanatomia, e neurociência computacional se reuniram na prestigiada Universidade de Cambridge, no Reino Unido, para reavaliar os substratos neurobiológicos da experiência consciente e comportamentos relacionados a ela, tanto em animais humanos e não humanos.

A declaração seguinte:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos dos estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e aves, e muitas outras criaturas, incluindo os polvos, também possuem esses substratos neurológicos. (**LOW**, Declaração de Consciência de Cambridge, 7 de julho de 2012).

Os critérios gerais de avaliação senciente são divididos em três. Sendo eles envolvidos, critérios – Evolutivos, Fisiológicos e Comportamentais.

4 | DA FORMA EVOLUTIVA

O critério evolutivo nos remete a duas formas onde podemos chegar à conclusão que um ser consegue ou não ser capaz de vivenciar experiências boas ou ruins. Tendo por foco a discussão sobre a evolução, onde explica, primeiramente, a necessidade da existência de consciência, pelo aumento das chances de sobrevivência, à vista disso, da transmissão genética à sua prole de criaturas dotadas de consciência.

A primeira, é referente à maneira circunstancial que de certa forma, cercam a vida de um animal e a competência deste para interagir de determinados aspectos. Perfaz de outra forma, a qual a evolutividade tende a nos ajudar, dizendo se um ser pertence à qualidade de senciente ou não: sua relação parental/genética. Avistando-se espécies proximamente relacionadas, ainda que separadas recentemente durante sua evolução. Crendo-se que, se um destes parentes for consciente, logo, os outros também irão ser.

5 | DA FORMA COMPORTAMENTAL

Ao experimentar sensações de alegria ou dor, reagimos de certas maneiras tendenciosas. Reações estas que variam desde berros, espasmos, caretas, grunhidos/gemidos, etc., padrões que se repetem em seres também senciente. Estes tipos comportamentais demonstram que ao experienciar certos acontecimentos, sendo eles negativos ou positivos, tendem a trazer uma resposta equivalente a aqueles então expostos.

Tendo ainda, comportamentos típicos, que nos levam a acreditar que uma criatura estaria experienciando, o que é sabido, onde esses que demonstram compreensão de tais formas que as prejudicam ou beneficiam em um local. Por exemplo, animais que recebem comida em um determinado local voltarão procurando por mais. Aplicando-se o mesmo fundamento em experiências negativas, como exemplo, um animal que ao tentar atravessar uma cerca eletrificada se machuca, logo não tentará novamente no futuro. Porém, apenas estes comportamentos em si não comprovam ou dão uma razão para trazer a crença de estes animais desfrutarem de alegria ou da dor do sofrimento. Observando-se de uma maneira mais abrangente, podendo e devendo crer que tais seres são imbuídos da capacidade de ter experiências, sendo, portanto, seres providos de consciência.

Por conseguinte, estes, apenas alguns dos vários aspectos comportamentais típicos demonstrados por diversos animais não humanos. Porém, estes seres, que se comportam de maneiras, que por muitas vezes complexas, não apenas sendo em momentos e ou situações das quais experimentam dor ou excitação. O que vale de importância onde podemos por fim demonstrar se uma criatura é senciente, não é sua reação em diversos casos específicos, mas sim como se dá o seu comportamento em um modo abrangente. O estudo comportamental de um animal pode nos levar a descobrir a sua consciência,

mesmo que não sejam demonstrados sinais de deleite ou sofrimento.

6 | DA FORMA FISIOLÓGICA

A presença de um sistema nervoso central – a caracterização para a sapiência de um ser senciente é determinada pela sua base de evidências fisiológicas. Onde suas estruturas tanto físicas quanto funcionais se associam, tornando exequível a experienciamento de um ser possuinte de consciência. No entanto, até o presente momento não há ciência de pôr quais mecanismos isso acontece. Para haver consciência, uma criatura necessita ter um sistema físico, ainda que só tenhamos apenas uma aproximação base da sua essência.

Somente ter um sistema nervoso não é o suficiente para a condição de senciente, se sua centralização não for a de um sistema nervoso. Atualmente, se é conhecido que para haver consciência, é necessário um sistema nervoso central. Obstante, a profundidade sistemática de um sistema nervoso central varia formidavelmente.

7 | CONDIÇÃO “SUJEITO DE DIREITO”

Para fomentarmos a ideia da condição para um sujeito de direito, devemos entender o conceito de sujeito de direito na sua forma jurídica. A terminologia “sujeito” advém do latim antigo *subjectum*, que era propagado por volta do ano de 1370. A prestigiada Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, Judith Martins-Costa, torna claro em um trecho a seguir, a origem desta:

Subjectum indica ‘o que está subordinado’, distinto de *objectum*, ‘o que está colocado a diante’, derivado do verbo latino *objicere*. Essa é a linha que interessa, pois, no séc. XVI, ganha o sentido de ‘causa, motivo’ e, mais tarde, o de ‘pessoa que é movido de algo’ para finalmente, designar ‘pessoa considerada nas suas aptidões’ (MARTINS-COSTA, 2003, p. 55).

O sujeito de direito não se iguala a pessoa, pois seus elementos estruturais são de natureza abstrata, já pessoa é um ente que contém existência de fato e que vem a fazer parte concretamente da relação jurídica. Simone Eberle, Doutora em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, discorre em um trecho sobre o sujeito de direito:

Concebido o sujeito de direito como o ‘portador de direito ou deveres na relação jurídica’, ‘um centro de decisão de ação’, tem-se necessariamente um conceito vazio, um invólucro sem conteúdo, que pode ser preenchido por qualquer ente que, a convite do legislador, venha a ocupar a posição de destinatário das normas jurídicas. (EBERLE, 2006, p. 28).

O sujeito de direito, é somente o ente ao qual o legislador concede direito, onde independe de quem ali se encontra é pessoa ou não. Sendo unicamente o destinatário dos dizeres legais que de certo modo regulam certa relação jurídica, virando assim, seu elemento subjetivo. Tal forma que Clóvis Beviláqua diz: “Sujeito de direito é o ser a que

a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito” (**BEVILÁQUA**, 1951, p. 64). Sendo então, aquele que pode possuir forma de um sujeito, agindo mediante as normas a qual o foram imbuídos, tornando-se mediante o instrumento legislativo um sujeito de direitos.

Podemos entender que, sujeito de direito, é todo aquele a quem o ordenamento jurídico concede obrigações e direitos. Nesse meio entram os objetos que levam ao vínculo, sendo estes, elementos fundamentais de uma relação jurídica. Objetos ou “coisa(s)” são aqueles que integram o vínculo, ao qual, dão ensejo à relação jurídica, sendo um bem patrimonial ou não. O vínculo, é a conexão entre os sujeitos da relação jurídica, indicando seus passivos e ativos entre os sujeitos.

Nas doutrinas atuais, o tratamento ligado aos animais não humanos perante o ordenamento jurídico se diverge. Sendo considerados como sujeito por uns, e outros como objetos, havendo também aqueles que pensam nestes como sujeito-objeto. O direito positivo, trata os animais em uma relação jurídica como objetos, podendo a parte proprietária dispor da forma que bem entender como, doar, vender ou comprar.

De tal maneira, temos o artigo 82 do Código Civil, “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (**BRASIL**, 2002). Complementa ainda, o Doutor Gustavo Vieira de Moraes e Souza, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestre em Ética e Filosofia Política no CFH da Universidade Federal de Santa Catarina:

Muito embora já se reconheça direitos morais a animais não humanos, esses continuam a ser tratados pelos sistemas legais como propriedade dos humanos e, por isso mesmo, os animais não humanos não detêm direitos legais, não são sujeitos de direitos, apenas objetos de direitos. São defendidos somente como propriedade de alguém que seja um sujeito de direitos. (**SOUZA**, Gustavo, 2004, p. 275-276).

A divergência encontrada entre os doutrinadores, mostra que também pode-se encontrar aqueles que pensam em favor dos animais serem classificados como sujeitos de algum direito. De outro modo, vem a nos demonstrar que, mesmo havendo uma relação de propriedade, ou mesmo sujeito-objeto, entre o animal e o homem, este não sofreria por meio do outro. Em conformidade, o artigo 32 e §§ da Lei nº 9.605, de 1998, que diz:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
§1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
§2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (**BRASIL**, 1998).

Sabe-se então, que os animais não humanos, podem ou não ser tratados como objetos e ou sujeitos de direito. O atual sistema jurídico positivo, atua de forma que estes, ainda que amparados pela atual legislação como sujeitos, sejam tratados como objetos, pois o legislador, aquele que atua como fiscal das leis, tem a faculdade de escolher a

forma pela qual irá atuar.

8 | HOMEM VS ANIMAL – TRATAMENTO JURÍDICO

Um breve estudo sobre a senciência, nos revela que a separação homem e animal é demonstrada apenas em grau, onde a racionalidade nos torna capazes de possuir um livre arbítrio. A presente temática vem sendo discutida a algum tempo, mas no momento, o cenário “ambienta/animal” vem ganhando força e crescendo exponencialmente, fazendo com que cada vez mais pessoas se conscientizem do problema chamado “antropocentrismo” e seus segmentos, onde o homem ainda se encontra como centro do universo, logo, por consequência, subjugando todos aqueles que são considerados “inferiores” a ele.

É sabido, que os animais caminham em conjunto com a humanidade desde o berço da própria história da existência, nos quais, até mesmo houve a necessidade da separação de terminologias, tendo o homem se colocado em uma posição superior pela sua “racionalidade” se tornando um “animal humano”, apartado dos animais irracionais, por fim, criando seus ditames para com seus secundários.

No atual Estado de Direito, as normas jurídicas tratam os animais momento como sujeitos de direito, e momento como objetos, ainda que não encontrados como pessoas de direito, seu valor é regulamentado pelo homem, dependendo assim da sua compaixão para viver ou até mesmo existir. A objetificação animal é notada na reivindicação do homem como ser superior, possuidor de direito de propriedade sobre a existência animal, como podemos ver na violência causada nas indústrias, hormonal e genética, criação, transporte, química, confinamento, produção e abate a qual os animais não humanos são sujeitos.

9 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário ressaltar, que o critério de senciência vai muito além do simples fato de pensar, é algo que transpõem barreiras criadas a muito pelos homens, nos fazendo repensar os princípios entre os seres sencientes e os sujeitos de direito, que muitas vezes o ordenamento jurídico se fecha perante a injustiça ante os animais não humanos meramente por indicarem a falta de animus, os descaracterizando como donos de direito próprio, desfazendo-se então da sua forma senciente, os julgando meramente como coisa, assim sendo, não significa tentar igualar homens e animais, porém, uma defesa de igual contemplação dos interesses de ambos, exprimindo sua capacidade como seres com valor intrínseco. Assim, finalizando, com as palavras do ilustríssimo ativista Mahatma Gandhi “A grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo como seus animais são tratados.” (**GANDHI**, 1869-1948).

REFERÊNCIAS

ANDRADE et al. JOSÉ ZAMBAM, Fernanda e Neuro. **A condição do sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério de sentiência**. Revista Brasileira de Direito Animal. Brasil, v. 11, n. 23, set./dez., 2016.

ANIMAL-ETHICS. Critérios para reconhecer a sentiência. Disponível em: <<https://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal-intro/criterios-reconhecer-senciencia/>> Acesso em: 15 de fev. de 2019.

ANIMAL-ETHICS. O que é Senciência. Disponível em: <<https://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/introducao-a-senciencia/senciencia-animal/>> Acesso em: 15 de fev. de 2019.

BRASIL. Decreto-lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm> Acesso em: 10 de fev. de 2019.

BRASIL, Lei n. 10.406, 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21 de abr. de 2019.

FELIPE, Sônia Teresinha. **Acertos abolicionistas: a vez dos animais: crítica à moralidade especista**. Ed. Ecoânima, p. 304, 2014.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 23ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito Animal e o Princípio da Senciência**. Carta Forense, entrevista, out. de 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-animal-e-o-principio-da-senciencia/15854>> Acesso em: 10 de fev. de 2019.

LOW, Philip. **The Cambridge Declaration on Consciousness**, Cambridge, UK, jul. de 2012. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>> Acesso em: 10 de fev. de 2019.

SILVA, Tales Araújo. **Os animais e o ordenamento jurídico: eles podem ser sujeitos de direito? Mega Jurídico, fev. de 2015. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/os-animais-e-o-ordenamento-juridico-eles-podem-ser-sujeitos-de-direito/>> Acesso em: 21 de abr. de 2019.**

SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 04/05/2020

Ana Gabriela Carneiro Franco

Universidade Federal de Jataí

Jataí – GO

<http://lattes.cnpq.br/5903681050374148>

Jennainy Alves Pereira Rosa

Universidade Federal de Jataí

Jataí - GO

<http://lattes.cnpq.br/8340634324971114>

Resumo orientado pelo professor do Curso de Direito na Universidade Federal de Goiás- Jataí, Dr. Hugo Luis Pena Ferreira.

RESUMO: O presente artigo tem como enfoque a controvérsia doutrinária existente em relação a quais entes jurídicos gozam de prerrogativas no que se refere aos direitos e deveres no âmbito internacional. Diante disso, foi realizada uma pesquisa doutrinária com vistas a comparar as principais concepções acerca dos sujeitos de Direito Internacional Público (DIP).

Para tanto, foram analisadas as principais obras de DIP, através das quais foram extraídas as perspectivas de cada autor, que serão

demonstradas ao longo do artigo. Ao final, os resultados da pesquisa foram compilados em uma tabela, a fim de facilitar a análise e a comparação das diferentes concepções doutrinárias.

PALAVRAS-CHAVE: Novos Sujeitos; divergências doutrinárias; Direito Internacional Público.

SUBJECTS OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: This article focuses on the existing doctrinal controversy in relation to which juridical entities possesses prerogatives with respect to rights and duties at the international level. Therefore, a doctrinal research was carried out in order to compare the main conceptions about the subjects of the Public International Law (PIL).

For that, the main works related to PIL were analyzed, through which the perspectives of each author were extracted, that will be demonstrated throughout the article. At the end, research results were compiled in a table, in order to facilitate the analysis and comparison of the different doctrinal conceptions.

KEYWORDS: New Subjects; Doctrinal Divergences; Public International Law.

1 | INTRODUÇÃO

De acordo com Hildebrando Accioly, sujeito ou pessoa internacional é a entidade jurídica ou natural a quem, na ordem internacional, são reconhecidos direitos e impostas obrigações (ACCIOLY, 2009).

Segundo o artigo 34º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”.

Entretanto, alguns autores vão além dessa doutrina, acrescentando Organizações Internacionais, Organizações privadas, Igreja Católica, o ser humano, dentre outras entidades, como sujeitos de direito e obrigações no campo internacional.

A seguir, serão demonstradas algumas concepções doutrinárias sobre o assunto.

2 | DESENVOLVIMENTO

Segundo Hildebrando Accioly, em seu livro “Tratado de Direito Internacional Público”, o direito das gentes engloba não só os Estados, mas o ser humano, organismos ou organizações internacionais (OI’s) criados por acordos entre Estados, como a Organização das Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos, Organização do Trabalho, Organizações Internacionais e Estados beligerantes, além de uniões administrativas, e certas comissões fluviais internacionais. Deve se incluir entre as pessoas de direito Internacional a Igreja Católica Romana, personificada na Santa Sé (ACCIOLY, 2009).

Para ele, a prática internacional confirma aos indivíduos o poder de possuir direitos e obrigações internacionais, cita, por exemplo, a Carta do Tribunal Militar Internacional (Nuremberg) e a própria Carta das Nações Unidas que por diversas vezes reconhece os direitos das pessoas, como indivíduo. Vários outros tratados e convenções têm por objeto os direitos e deveres do indivíduo, abstraindo sua nacionalidade (ACCIOLY, 2009).

Amaral Júnior, em seu livro “Introdução ao Direito Internacional Público”, também inclui os mesmos sujeitos citados anteriormente. Entretanto, não considera a Igreja. Tradicionalmente, somente o Estado era titular de direitos e obrigações no âmbito externo. Com o decorrer do tempo, em função dos acontecimentos que marcaram o transcurso do século XX, as pessoas físicas as organizações internacionais adquirem a condição de sujeitos de direito internacional (AMARAL JR., 2008).

De acordo com o autor, o indivíduo tornou-se sujeito de Direito Internacional na última metade do século XX, a partir da universalização dos direitos humanos (AMARAL JR., 2008).

As organizações não governamentais (ONG’s) não seriam sujeitos, pois não são organizações internacionais, mas assumem papel cada vez mais proeminente na cena internacional (AMARAL JR., 2008).

Consoante com a pesquisa, Trindade, em seu livro “A Humanização do direito

internacional” infere que a prática internacional, abarca não só os Estados, mas também as organizações internacionais e de outros atores no plano internacional (TRINDADE, 2006).

“(…) Hoje se reconhece que, efetivamente, os indivíduos, as ONG’s e demais entidades da sociedade civil têm passado a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais” (TRINDADE, 2006, p. 86).

Em conformidade com a autora Renata Amaral, é reconhecida personalidade jurídica aos Estados, organismos internacionais, aos quais segundo a autora, não existem normas internacionais que conceituem o termo e por isso sua definição tem se dado pela doutrina. Faz uma importante consideração em afirmar a diferença entre os organismos internacionais em relação ao Estado, seja em relação aos seus objetivos e ao aparato organizacional (AMARAL, 2010).

Reconhece, também, a Santa Sé, que é a cúpula da Igreja Católica, localizada na cidade de Roma. Sua personalidade foi reconhecida a partir dos Acordos de Latrão em 1929. Admite a ampliação da personalidade dos indivíduos (principalmente quando são abordadas questões relativas aos direitos humanos) e até mesmo das empresas, apesar de considerável parte da doutrina discordar (AMARAL, 2010).

A personalidade internacional dos indivíduos vem sendo ampliada de acordo com a modernização do DIP. Isso significa dizer que os indivíduos vêm de certa forma, desvencilhando-se da proteção exclusiva do Estado soberano. Isso porque, toda vez que há aplicação direta do DIP a um indivíduo, há uma diminuição do exercício da jurisdição do Estado. Essa lógica se aplica igualmente às empresas (AMARAL, 2010).

A autora não reconhece, entretanto, as organizações não governamentais (ONG’s), essas seriam organizações internacionais privadas, que não são criadas pelo Estado, mas sim pelos indivíduos. Há uma exceção que é o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), fundado em 1863, ao qual se reconheceu a personalidade internacional por meio da Convenção de Genebra do ano seguinte (AMARAL, 2010).

Em conformidade com Carlos Roberto Husek (2000), são consideradas pessoas internacionais: os Estados, as Organizações Internacionais (OI), Santa Sé, o indivíduo, além das empresas transnacionais e internacionais. Importante destacar que o autor infere que os sujeitos variam com o tempo, em virtude da ânsia da comunidade internacional.

Para o referido autor, duas outras coletividades vieram a ter importância na sociedade internacional: Cidade do Vaticano e as Sociedades Comerciais (HUSEK, 2000).

Marcelo Pupe Braga classifica os sujeitos de Direito Internacional em quatro grupos: “(i) os Estados; (ii) as coletividades interestatais; (iii) as coletividades não estatais; (iv) os indivíduos” (BRAGA, 2010, p. 91).

Por outro lado, Paulo Henrique Gonçalves Portela apresenta duas concepções acerca dos sujeitos de Direito Internacional. A primeira concepção seria a clássica que considera apenas os Estados e as Organizações Internacionais, a segunda reconhece

que há mais entes portadores de direitos e obrigações no plano internacional (PORTELA, 2010).

“Entretanto, cabe destacar que nenhuma das novas pessoas internacionais detém todas as prerrogativas dos Estados e organismos internacionais, como a capacidade de celebrar tratados” (PORTELA, 2010, p. 142).

Portanto, admite como sujeitos tradicionais: Estados, Organizações Internacionais, Santa Sé e Vaticano. Também considera como sujeitos novos fragmentários: indivíduos, Organizações não governamentais, empresas. Outros entes que podem atuar na sociedade internacional: beligerantes, insurgentes e nações em luta pela soberania (PORTELA, 2010).

Entende-se por beligerantes “(...) movimentos contrários ao governo de um Estado que visam a conquistar o poder ou a criar um novo ente estatal, e cujo estado de beligerância é reconhecido por outros membros da sociedade internacional”. (PORTELA, 2010, p. 146).

É importante ressaltar que os insurgentes “também são grupos que se revoltam contra governos, mas cujas ações não assumem a proporção da beligerância (...)” (PORTELA, 2010, p. 147).

Diferente dos autores anteriormente citados, Francisco Rezek reconhece como pessoas jurídicas de Direito Internacional Público somente os Estados soberanos e as Organizações Internacionais. “Não tem personalidade jurídica de direito internacional os indivíduos, tampouco as empresas privadas e públicas” (REZEK, 2015, p.188).

Com vistas a apresentar o resultado da pesquisa de uma forma mais didática e traçar uma análise comparativa entre as concepções dos autores, a tabela abaixo foi estruturada.

SUJEITOS	AUTORES							
	ACCIOLY, 2009	AMARAL, 2010	TRINDADE, 2006	AMARAL JR., 2008	REZEK, 2010	BRAGA, 2010	PORTELA, 2010	HUSEK, 2000
ESTADOS	X	X	X	X	X	X	X	X
OI's	X	X	X	X	X	X	X	X
ONG's			X			X	X	
INDIVÍDUO	X	X	X	X		X	X	X
SANTA SÉ	X	X					X	X
BELIGERANTE/ INSURGENTE	X			X			X	
EMPRESAS E SOCIEDADES COMERCIAIS							X	X
COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA		X						

Tabela 1- Diferentes perspectivas sobre sujeitos de direito internacional público.

Fonte: tabela elaborada pelas autoras.

3 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que vários doutrinadores romperam com a perspectiva clássica de sujeitos de Direito Internacional Público (DIP), uma vez que reconheceram que as mudanças no âmbito internacional influenciam diretamente na classificação das pessoas internacionais.

A partir do século XX, foram considerados outros entes além dos estatais, em decorrência de acontecimentos que impactaram o cenário internacional, como a Segunda Guerra Mundial, difusão de Organizações Internacionais, Contratos e Convenções celebrados que admitem, por exemplo, a personalidade dos indivíduos e das Organizações Internacionais, entre outros. Esta perspectiva é legitimada pela maioria dos doutrinadores abordados, ou seja, visão moderna do DIP. Nota-se que em contraposição, existe uma concepção mais clássica, que corresponde à minoria dos autores.

Por fim, percebe-se a mudança do DIP no que diz respeito à autonomia de organismos que antes necessitavam do intermédio do Estado para apresentar suas prerrogativas diante do cenário internacional e que hodiernamente há concorrentes para além da jurisdição estatal.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. A organização da Comunidade Internacional – Pessoas Internacionais. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol.1. São Paulo: QuartierLatin, 2009, p. 140-150.
- ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G.E do Nascimento. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20° ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.
- AMARAL, Júnior. Sujeitos de direito internacional público. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008, p.153-165.
- AMARAL, Renata. Pessoas Internacionais. **Direito Internacional Público e Privado**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p.27-46.
- BRAGA, Marcelo. Sujeitos Internacionais. **Direito Internacional Público e Privado**. 2° ed. São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 91.
- Direito Internacional Público e Privado**. 2° ed. Salvador: JUSPODVM, 2010, p. 142.
- HUSEK, Carlos. Sujeitos Internacionais. **Curso de Direito Internacional Público**. 3° ed. São Paulo: LTr, 2000.
- PORTELA, Paulo Henrique. Sujeitos de Direito Internacional Público: Introdução.
- REZEK, Francisco. Personalidade Internacional. **Direito Internacional Público Curso Elementar**. 12° ed. São Paulo: SARAIVA, 2010, p. 188.
- TRINDADE, Antônio. Parte I. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 17-86.
- BRASIL, Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 25/08/2017.

DA ORDEM DO DISCURSO À ECOLOGIA DE SABERES: HERMENÊUTICAS E COSMOPOLITISMOS PARA AS TWAIL

Data de aceite: 03/08/2020

Data de submissão: 20/07/2020

Guilherme Pittaluga Hoffmeister

Faculdade Palotina de Santa Maria
Santa Maria – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/3696256494852928>

Roger de Moraes de Castro

Faculdade Palotina de Santa Maria
Santa Maria – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/5448999638541096>

RESUMO: Em um contexto de globalização avançada, a temática da justiça global se torna cada vez mais importante. Desde o seu surgimento, tanto como disciplina enquanto prática, o direito internacional tem sido utilizado para a consecução de objetivos do que pode ser chamado de Norte geopolítico do mundo. Ao mesmo tempo, tem-se observado um movimento de resistência por parte de pensadores oriundos e/ou preocupados com o direito das minorias e dos Estados periféricos. Nesse sentido, merece destaque o movimento conhecido como TWAIL, com uma abordagem terceiro-mundista do direito internacional. Diante desse paradoxo, se discutirá em que

medida o deslocamento da racionalidade é capaz de projetar maior concretude para materializar a Justiça Global, intercruzando suas diversas frentes: desenvolvimento, reconhecimento e decolonialidade. A partir de uma abordagem sistêmico-complexa e de revisão bibliográfica, possível verificar que, a partir do compromisso com a consolidação de um cosmopolitismo subalterno orientado pela hermenêutica diatópica, é possível pensar em uma ecologia de saberes. A partir de então, vislumbra-se no horizonte a possibilidade da manifestação da disciplina e da prática do direito internacional mais adequadas sob a lente dos direitos humanos, e que resguardem e protejam as particularidades de populações em situação de vulnerabilidade diante do fenômeno da globalização

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Global; TWAIL; Cosmopolitismo Subalterno; Hermenêutica Diatópica; Ecologia de Saberes.

FROM DE ORDER OF DISCOURSE TO
THE ECOLOGY OF KNOWLEDGES:
HERMENEUTICS AND COSMOPOLITISMS
FOR TWAIL

ABSTRACT: In a context of advanced globalization, the theme of Global Justice is

becoming increasingly important. Since its emergence, both as a discipline and a practice, international law has been used to achieve the goals of what can be called the geopolitical North of the world. At the same time, there has been rights of minorities and peripheral states. In this sense, it is worth mentioning the movement known as TWAIL, with a third world approach to international law. In view of this paradox, it will be discussed to what extent the shift in rationality is capable of projecting greater concreteness to materialize Global Justice, intersecting its various fronts: development, recognition and decoloniality. From a systemic-complex approach and bibliographic review, it is possible to verify that, based on the commitment to the consolidation of a subordinate cosmopolitanism guided by diatopic hermeneutics, it is possible of manifesting the most appropriate discipline and practice of international law under the lens of human rights is visible in the horizon, and that safeguard and protect the particularities of populations in situations of vulnerability in the face of the phenomenon of globalization.

KEYWORDS: Global Justice; TWAIL; Subaltern Cosmopolitanism; Diatopic Hermeneutics; Knowledge Ecology.

1 | INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização avançada, é impossível ignorar a emergência e a importância da temática da *Global Justice*. Desde 1789, não têm sido poucos os desafios para a materialização dos direitos circunscritos nas Cartas de Direitos redigidas ao longo dos séculos. Mais de dez anos após a última grande crise econômica que atravessou o mundo, é notório o refluxo em diversas localidades do globo – relativização de direitos trabalhistas, políticas xenofóbicas, intolerância – e diversas medidas que vão na contramão dos avanços conquistados a duras penas por aqueles que lutam por um mundo mais equânime.

Não raras vezes, as políticas – ditas – protecionistas encontram guarida no direito internacional, o que não é nenhuma novidade. Desde o seu surgimento, tanto como disciplina enquanto prática, o direito internacional tem sido utilizado para a consecução de objetivos do que pode ser chamado de Norte geopolítico do mundo. Em incontáveis oportunidades que se estendem aos dias atuais, é por meio do direito internacional que se justifica a dominação, colonização e exploração perpetrada pelos países do centro em face dos países da periferia (ou Sul global).

Ao mesmo tempo, tem-se observado um movimento de resistência por parte de pensadores oriundos e/ou preocupados com o direito das minorias e dos Estados periféricos. Nesse sentido, merece destaque o movimento conhecido como Third World Approaches to International Law (TWAIL)e, com uma abordagem terceiro-mundista do direito internacional. Esse deslocamento da racionalidade do centro para a periferia possibilita *insights* e novas perspectivas emancipatórias que colocam em xeque a forma a

qual se tem utilizado o direito internacional, demonstrando seus limites e perversidades.

Nesse sentido, é possível observar uma possibilidade de relação com o pensamento foucaultiano, preocupado com a ordem do discurso e a dimensão que se esconde no que é dito e, mais importante, no não-dito. Ainda, o aprendizado que pode ser assimilado pelo direito internacional por meio de um diálogo que compreenda a existência e possibilidade de harmonia entre os diversos *topoi* do pensamento global pode ser uma chave importante para potencializar a capacidade contestatória do Sul global. É por sobre essas possibilidades que se ocupa o primeiro capítulo do presente trabalho.

Em um segundo momento, se discutirá de que forma o deslocamento da racionalidade é capaz de projetar maior concretude para materializar a *Global Justice*, intercruzando suas diversas frentes: desenvolvimento, reconhecimento e decolonialidade. A hipótese é de que um diálogo entre as diversas lutas é não só possível como fortemente recomendável para o objetivo perseguido pela linha de pensamento TWAIL. O conceito de hermenêutica diatópica, de Boaventura de Sousa Santos, também ganha importância.

Em um mundo a cada vez mais globalizado, a complexidade das relações que se estabelecem e que compõem o quadro da modernidade exige uma análise jurídica que transcenda a esfera analítica dogmática, ou do positivismo jurídico. A percepção das limitações da ciência jurídica diante do atual estado de coisas da modernidade é condição sem a qual não se pode avaliar concretamente os limites e as possibilidades de efetivação de direitos no plano concreto.

A lógica imperante é a de uma razão indolente que está submetida tão somente a uma lógica de maximização econômica fortemente atrelada aos princípios do neoliberalismo. Nesta toada, os direitos das minorias acabam, por muitas vezes, sendo solapados. Mas as disputas transpassam o cariz economicista. É preciso conjugar a economia com outras dinâmicas de poder, que perpassam pela filosofia, pela história, pela cultura, dentre as inúmeras facetas da complexidade que é a marca do tempo atual.

Para Pedro Demo, as dimensões da complexidade são a dinamicidade, a não-linearidade, a reconstrução, a dialética evolutiva, irreversibilidade, intensidade e a ambivalência (DEMO, 2008, pp. 13-31). Assim, a complexidade é uma palavra que se constituiu e identifica muito mais enquanto problema do que com solução (MORIN, 2003, p. 8). Portanto, importante esclarecer que presente trabalho não possui a pretensão de alcançar conclusões incontestes, mas de contribuir na evolução da reflexão de uma questão altamente complexa, como se verá.

Assim, este artigo, que se assemelha a um ensaio, busca discutir a importância de desconstruir e reconstruir discursos, desde a genealogia e a arqueologia foucaultianas, e apresentar a ideia de uma ecologia de saberes ao mesmo tempo em que se propõe como um caminho possível a fim de mitigar os efeitos danosos da razão indolente que é a marca que baliza o pensamento moderno. Para tanto, a aposta é uma construção teórica capaz de conjugar as ideias de cosmopolitismo subalterno e hermenêutica diatópica.

21 POR QUE PENSAR A GLOBALIZAÇÃO DESDE UMA ANÁLISE GENEALÓGICA E ARQUEOLÓGICA DO DIREITO INTERNACIONAL E DEFENDER UMA ECOLOGIA DE SABERES?

O presente capítulo objetiva a demonstrar que o atual quadro da modernidade apresenta uma estrutura de pensamento que é mantenedora de uma lógica colonial. Isto é, opera-se uma negação dos saberes que não se adaptam as lógicas e aos interesses financeiros do norte geopolítico. A globalização, que potencialmente poderia propiciar um desenvolvimento mundial e uma troca efetiva de saberes, acaba por colaborar com essa lógica mercadológica que acaba por solapar os direitos de populações que a ela não se adaptam. Por isso, as lentes foucaultianas podem ser um bom ponto de partida para desconstrução e reconstrução do pensamento.

Para Milton Santos (2015, p. 23), a globalização é o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista, e para entendê-la é preciso ter em conta o estado das técnicas e o estado da política. Para o autor, a história consiste no fato de as técnicas serem oferecidas como um sistema e, além disso, serem realizadas combinadamente através do trabalho e das formas de escolha dos momentos e dos lugares de seu uso.

Diante desse panorama, faz-se fundamental uma crítica ao atual estado de coisas que se depreende do processo de globalização. No plano jurídico, sobretudo, se pode observar uma série de violações e mesmo uma grande dificuldade de proteção aos direitos de populações em estado vulnerável, como os povos originários, razão pela qual se faz necessária uma análise crítica do panorama também através dessa lente.

Boaventura de Sousa Santos atribui, paradoxalmente, a globalização a uma tensão no Estado-nação a partir da globalização. O autor percebe uma erosão do Estado-nação em razão da globalização, e coloca a questão de saber se questões como a regulação social e a emancipação social deverão ser deslocadas para o nível global.

É neste sentido que já se começou a falar em sociedade civil global, governo global e equidade global. Na primeira linha deste processo, está o reconhecimento mundial da política dos direitos humanos. A tensão, porém, repousa, por um lado, no facto de tanto as violações dos direitos humanos como as lutas em defesa deles continuarem a ter uma decisiva dimensão nacional, e, por outro lado, no facto de, em aspectos cruciais, as atitudes perante os direitos humanos assentarem em pressupostos culturais específicos. A política dos direitos humanos é, basicamente, uma política cultural. Tanto assim é que poderemos mesmo pensar os direitos humanos como sinal do regresso do cultural, e até mesmo do religioso, em finais de século. Ora, falar de cultura e de religião é falar de diferença, de fronteiras, de particularismos. Como poderão os direitos humanos ser uma política simultaneamente cultural e global? (SANTOS, B., 2002, s.p.).

A questão dos direitos humanos, na medida em que a forma de racionalidade indolente, e que sustenta a proposta de direitos humanos, é ela mesma uma causa e instrumento para a violação dos direitos que defende. É exatamente o que acontece com a temática do direito internacional ao longo da história. Chimni¹ (2006, p. 26) conclui que

¹ Utiliza-se o autor como importante referência no que diz respeito à temática da TWAIL.

International law has always served the interests of dominant social forces and States in international relations. However, domination, history testifies, can coexist with varying degrees of autonomy for dominated States. The colonial period saw the complete and open negation of autonomy of the colonized countries. In the era of globalization, the reality of dominance is best conceptualized as a more stealthy, complex and cumulative process. A growing assemblage of international laws, institutions and practices coalesce to erode the independence of third world countries in favor of transnational capital and powerful States. The ruling elite of the third world, on the other hand, has been unable and/or unwilling to devise, deploy, and sustain effective political and legal strategies to protect the interests of third world people.

Foucault atenta para a forma como se dá a formação de uma disciplina e a necessidade de respeito à mesma para que se possa falar em ciência e verdade.

Em resumo, uma proposição deve preencher exigências complexas e pesadas para pertencer ao conjunto de uma disciplina; antes de poder ser declarada verdadeira ou falsa, deve encontrar-se, como diria M. Canguilhem, “no verdadeiro”. (FOUCAULT, 2014, p. 32).

Michel Foucault (2014, p. 33-4) demonstra seu ponto ao afirmar que Mendel (o biólogo), dizia a verdade, mas que não estava no “verdadeiro” do discurso biológico de sua época. É por isso que a *disciplina* é um *princípio de controle da produção do discurso*. A disciplina fixa limites à produção do discurso pelo jogo de uma identidade que tem a forma de uma reatualização permanente das regras. Isso faz com que a alteração do discurso vigente demande um grande trabalho intelectual.

Duas ferramentas fundamentais apresentadas por Foucault (2014) são as noções de genealogia e arqueologia. O autor utiliza sua aula inaugural do Collège de France justamente para problematizar o fato de que toda disciplina e todo discurso tem um histórico, um a priori: uma *genealogia*. Ao mesmo tempo, ao se examinar essa árvore genealógica cuidadosamente e com atenção ao seu entorno se verificará discursos e disciplinas que ficaram preteridos em detrimento das vigentes, a isso o autor chama *arqueologia*.

Uma análise cuidadosa do direito internacional desde a crítica genealógica mostrará que a história do direito internacional é a história de uma disciplina utilizada para justificar exploração, colonização e imperialismo, e que tem se refundado com a utilização da coerção. Por outro lado, uma análise arqueológica é capaz de revelar outros princípios que restaram subjugados pela gana expansionista europeia e a sede por acumulação. Toda a cultura dos povos ameríndios ou africanos, por exemplo, simplesmente foram ignoradas pela razão indolente europeia.

Compreender o direito internacional na globalização é uma via de mão-dupla. É necessário compreender os fenômenos dos quais decorre e também os fenômenos gerados por ela. Se por um lado existe uma classe capitalista transnacional, existe, por outro lado, classes e grupos subordinados, há trabalhadores migrantes e os refugiados, que nas três últimas décadas têm efetuado bastante movimentação além-fronteiras. Destaca-se ainda que entre os executivos das empresas multinacionais e os emigrantes e refugiados, os turistas representam um terceiro modo de produção da compressão tempo-

espaço (SANTOS, B., 2002, s./p.).

Para Benhabib (2012, p. 33), sem dúvida, o fluxo de capital global é ele mesmo responsável por encorajar o fluxo de migrações transnacionais, nós vemos que as normas que deveriam proteger migrantes e as leis que capacitam o capitalismo global não são compatíveis. *Lex mercatoria*, a lei de transações comerciais internacionais, e a lei dos direitos humanos colidem e conflitam. Essa globalização econômica ameaça características centrais do estado de direito e desse modo desafia as perspectivas para a democracia liberal.

É possível referir, nesse sentido, que há globalizações e globalizações. Isto é, não é prudente pensar a globalização enquanto um processo uno, ensimesmado e irreversível. Por essa razão, Boaventura de Sousa Santos propõe a divisão em quatro modos de produção de globalizações. Cada modo de produção de globalização gera uma forma de globalização e consequências diversas no irreversível quadro globalizado-globalizante.

O primeiro deles é o localismo globalizado, e “consiste no processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito é globalizado com sucesso” (SANTOS, B., 2010a, p. 438). Esse é o processo pelo qual se dá o reconhecimento global da hegemonia de determinado local. Através desse modo de globalização se dita os termos da integração, de competição/negociação e inclusão/exclusão.

O segundo processo é o que o autor nomeia globalismo localizado. Esse consiste no “impacto específico nas condições locais das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados” (SANTOS, B. 2010a, p. 438). Isto é, trata-se do reflexo direto do localismo globalizado, é o ônus suportado por locais que se encontram em posição de vulnerabilidade em relação a outras localidades um exemplo é a eliminação do comércio tradicional e da agricultura de subsistência em nome de um “ajustamento estrutural”.

Estes dois processos de globalização operam em conjunção, e constituem o primeiro modo de produção da globalização, a globalização hegemônica, também denominada neoliberal, globalização de cima para baixo, em suma, a versão mais recente do capitalismo e imperialismo globais. (SANTOS, B. 2010a, p. 483).

Significa dizer que o localismo globalizado e o globalismo localizado são as duas faces de uma mesma moeda. Trata-se da imposição do Norte geopolítico por sobre o Sul. Enquanto os países do Norte global especializam-se e se expandem através dos localismos globalizados, cabe aos países do Sul global o ônus de suportarem os globalismos localizados sem paridade de condições de competitividade. Esse é o sistema-mundo.

Dentro dessa mesma ótica, antes mesmo de analisar as outras formas de globalização propostas pelo autor, pode-se observar que esta lógica, que insiste em guiar o pensamento ocidental através dos séculos, é verificável também no plano normativo e, por conseguinte, afeta o direito internacional.

A dispersão e a multiplicidade normativas são uma realidade incontestável dos nossos tempos atuais. As inúmeras fontes de produção do Direito nacionais e não nacionais convocam o intérprete a reconhecer tal dispersão e, no passo seguinte, perguntar-se sobre a necessidade de estabelecer-se ordenação ao múltiplo. A escassez de um mínimo de ordem conduz inevitavelmente à experiência do caos e aumenta os patamares de incerteza. Não fosse a alta complexidade que esse cenário apresenta, mais grave se mostraria essa realidade quando o que está em jogo é a aplicação e a efetivação de regras protetivas de direitos humanos. (SALDANHA, 2016, p. 147).

De fato, se a lógica é a percepção de que se deve globalizar tantos localismos quanto possíveis e, ao mesmo tempo, evitar localizar globalismos, isso se aplica também no campo normativo. De igual forma, no momento de uma decisão jurídica, em razão da ética e da estética globalizada neoliberal também se decidirá de acordo com os localismos. O problema que advém dessa racionalidade é o fato de que a globalização é um fenômeno em expansão e a cada vez mais diversas culturas se entrecruzam e exigem respostas mais sofisticadas, que sejam capazes de compreender os embates interculturais. Por essa razão, é preciso pensar em outras formas de globalização que permitam o avanço do pensamento também no que tange a respostas mais adequadas à proteção de direitos humanos que estão em jogo a todo momento no hodierno.

O terceiro modo de produção de globalização delineado por Boaventura de Sousa Santos se destaca enquanto uma alternativa contra-hegêmica que pode auxiliar na busca de respostas aos problemas enumerados supra: o cosmopolitismo subalterno insurgente. Esse se manifesta enquanto resistência transnacionalmente organizada contra localismos globalizados e globalismos localizados. “Trata-se de um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal (...)” (SANTOS, B. 2010a, p. 439). Ainda que o foco do autor sejam as lutas e um plano político, econômico e cultural, é possível verificar a possibilidade também de um cosmopolitismo jurídico subalterno insurgente.

O quarto processo de globalização também é contra-hegemônico e consiste na emergência de lutas transnacionais por valores, ou recursos que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta, os quais o autor referencia como patrimônio comum da humanidade, em homenagem ao direito internacional (SANTOS, B., 2010a, p. 439). Em que pese essa última vertente ser passível de críticas, sobretudo por parte do Sul global, retoma-se o destaque para as primeiras duas.

Não há qualquer dúvida de que as violações de direitos humanos são suportadas em maior medida, no contexto da globalização, pelos cidadãos de países do Sul global, sobretudo populações vulneráveis. Uma vez que o cosmopolitismo subalterno insurgente é uma das formas de mitigar e subverter a massacrante hegemonia nortenha, é fundamental que exista um diálogo no sentido de aprimorar essa forma de cosmopolitismo que seja também jurídica.

Os sistemas de saber se articulam também enquanto sistemas de poder (SHIVA,

2003, p. 17). Vislumbra-se esse mesmo tipo de racionalidade no plano da expansão capitalista em vários níveis. Isto é, o império de uma razão indolente (SANTOS, B.; MENESES, 2010, p. 23), marcada pela colonialidade (QUIJANO, 2010, p. 84), que é reflexo do pensamento moderno, caracterizado pela separação da dupla sujeito-objeto descartiana (DUSSEL, 2010, pp. 341-354).

Neste sentido, observa-se o avanço da globalização hegemônica que, ancorada em uma forma de pensar única, colonial e monocultural, se constitui cada vez mais enquanto uma ameaça a diversas esferas de direitos e em distintos níveis, inclusive no plano do direito internacional. É por isso que Boaventura de Sousa Santos propões um diálogo e uma *ecologia de saberes*, isto é, a harmonização de conhecimentos periféricos como potencial para emancipação do direito internacional como ferramenta par materialização de outros direitos. O uso das ferramentas foucaultinas parece ser uma estratégia interessante para a consecução desses objetivos.

3 | O COSMOPOLITISMO SUBALTERNO, A HERMENÊUTICA DIATÓPICA E A DEFESA DA ECOLOGIA DE SABERES: POTÊNCIA PARA A TWAIL?

Boaventura de Souza Santos e Maria Paula Meneses (2010c, p. 16), ao refletirem sobre o fenômeno da dominação epistemológica, escrevem que a “intervenção se deu de forma tão profunda e, sempre que necessário, suprimiu todas as práticas sociais e conhecimento que contrariassem os interesses que ela servia. Nisso consistiu o epistemicídio (...)”. À razão indolente, porém, o autor faz uma proposta de superação, que é a aposta do presente trabalho, a fim de superar o uso perverso da disciplina e da prática do direito internacional no quadro da globalização.

Para Boaventura de Sousa Santos, a complexidade de alguns direitos, como os direitos humanos, reside no fato de que eles podem ser concebidos tanto como forma de localismo globalizado como forma de cosmopolitismo. Isto é, como globalização hegemônica ou como globalização contra-hegemônica. Não se pode ignorar, porém, a existência de um quadro complexo e de diversas raízes que se entrecruzam e compõem o quadro do direito internacional observável hoje, fruto de embates históricos e de diferentes vertentes que se foram encontrando ao longo do tempo, como amplamente demonstrado por Emmanuelle Jouannet (2014).

O objetivo deste capítulo é verificar as possibilidades de potencializar a efetivação de direitos a partir de um entendimento desde a hermenêutica diatópica, enquanto manifestação de um cosmopolitismo insurgente, reconhecendo que há diferentes formas de saber coexistentes no mundo e que devem ser respeitadas. A aposta é, portanto, o que o autor perfilha como uma ecologia de saberes que seja capaz de ultrapassar a ideia de um direito internacional incontestável.

No que diz respeito aos direitos humanos, por exemplo, o autor entende que enquanto forem concebidos como universais, os direitos humanos tendem a operar como localismo globalizado e serão sempre um instrumento do “choque de civilizações”, isto é, serão utilizados como uma arma do Ocidente contra o resto do mundo (SANTOS, B., 2002, s./p.), segue o autor,

A sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização de-baixo-para-cima ou contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

Sabe-se que os direitos não são universais na sua aplicação. Eles são, segundo Santos, consensualmente identificados em quatro regimes internacionais de aplicação: o europeu, o inter-americano, o africano e o asiático. Destaca o autor, porém, que apesar de todas as culturas tenderem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, apenas a cultura ocidental tende a tomá-los como universais. E por essa razão, “a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.” (SANTOS, B. 2002, s./p.).

A proposta, neste capítulo final, é pensar o tratamento dado ao direito internacional como revelador da política enquanto cultura política, o que se pode observar ao longo do trabalho. Para Boaventura de Sousa Santos (2010a, p. 21), significa compreender a existência de uma tensão entre monoculturas hegemônicas e aspirações de interculturalidade, isto é, confrontar concepções hegemônicas e contra-hegemônicas através de um diálogo que ultrapasse o universalismo abstrato imperial. Para tanto, buscase, através de diálogos interculturais sob diferentes concepções de dignidade da pessoa humana, um universalismo concreto, construído de baixo para cima.

Para a efetiva transformação do direito internacional e dos direitos humanos em um projeto cosmopolita insurgente Boaventura de Sousa Santos enumera cinco premissas, quais sejam, a) a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural; b) todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, ainda que nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos; c) todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana; d) nenhuma cultura é monolítica, e todas suportam versões diferentes de dignidade humana; e e) todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de presença hierárquica, quais sejam, igualdade e diferença (SANTOS, B., 2010a, p. 445-446).

Essas são as premissas para o início de um diálogo intercultural sobre a dignidade humana e que se constitui enquanto um caminho possível para avançar na concepção de

direitos humanos que rompa com a platônica ideia de um universalismo e que, com os pés no chão, possibilite uma organização em torno de sentidos locais. Se essas premissas são aceitas, a porta para o diálogo é aberta para se falar no ponto central do presente artigo, o reconhecimento da hermenêutica diatópica como condição de possibilidade para o cosmopolitismo jurídico e o avanço na proteção efetiva dos direitos humanos.

Só assim é possível pensar em termos de uma Justiça Global, como proposto por Thomas Pogge (2007). Em se tratando de um diálogo intercultural, a troca operada não se dá tão somente no plano dos saberes, “mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis. Tais universos de sentido consistem em constelações de topoi fortes” (SANTOS, B. 2002, s./p.). Os topoi se constituem enquanto os lugares comuns retóricos mais abrangentes de uma determinada cultura. A compreensão de uma determinada cultura a partir dos topoi de outra cultura pode se manifestar enquanto uma tarefa bastante difícil, se não impossível.

Ao se partir de um pressuposto de que não se trata de tarefa impossível é que ganha força a ideia de uma hermenêutica diatópica,

A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico. (SANTOS, B., 2002, s./p.).

Em outras palavras, a luta pelos direitos humanos e pela defesa e promoção da dignidade humana é mais que um exercício intelectual, é uma prática resultante de uma entrega moral, afetiva e emocional somente possível a partir de uma identificação profunda com os postulados culturais inscritos na personalidade e nas formas básicas de socialização (SANTOS, B., 2010a, p. 447).

Não é o objetivo do presente artigo adentrar pormenorizadamente nos pontos específicos de divergência, tampouco fazer uma defesa incontestada da hermenêutica diatópica, até mesmo porque o multiculturalismo poderia servir como uma nova roupagem às velhas práticas coloniais hegemônicas. O que se pretende é apresentar uma possibilidade, a qual depende, para seu melhor aproveitamento, do respeito a duas premissas interculturais que devem ser aceitas pelos grupos envolvidos no desenvolvimento desta modalidade hermenêutica.

O primeiro pode formular-se assim: das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro. (...) O segundo imperativo intercultural pode ser enunciado do seguinte modo: uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de

igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. (SANTOS, B. 2002, s./p.).

Ainda que este último seja um imperativo bastante difícil de atingir e de manter, há alguns estados que caminham no sentido de se aproximarem dele em alguns aspectos. Antes de ser concretizada, uma ideia tem uma estranha semelhança com a utopia. É o que se pretende no presente artigo. Ainda que possa parecer bastante distante da realidade, sobretudo no domínio americano, há experiências que permitem esperar a utilização da hermenêutica diatópica no plano internacional.

Se essa possibilidade começa a ser observada, ainda que timidamente, no plano internacional, é possível propor o reconhecimento dos direitos humanos das populações vulneráveis também no plano nacional. Ainda que as temáticas de direito internacional como disciplina e prática – tema do presente trabalho – se diferenciem da cultura ocidental de herança europeia, é preciso reconhecer as suas particularidades e respeitar seu *topoi*.

Verifica-se, portanto, um forte potencial de aprimoramento para a efetivação dos direitos humanos e do direito internacional como um todo desde uma compreensão a partir da hermenêutica diatópica. É na ideia de incompletude de todas as culturas e no aprofundamento da consciência dessa incompletude que é feita a diversidade cultural, social e epistemológica do mundo: é nessa consciência que reside a nova gramática do tempo (SANTOS, B. 2010a, p. 21). Esse tipo de abordagem parece ser ideal para a potencialização e diálogo das práticas emancipatórias perseguida pela TWAIL.

Percebe-se, portanto, que a racionalidade que orienta a utilização da hermenêutica diatópica como solução de conflitos jurídicos consiste enquanto uma verdadeira forma de cosmopolitismo subalterno. Isso porque se consolida enquanto uma possibilidade de resolução que respeita os saberes e a cultura de todos os povos. Em assim sendo, vislumbra-se, ao mesmo tempo, a manifestação de um respeito mútuo que orienta as relações entre diferentes formas de saber. À possibilidade de coexistência de saberes e reconhecimento da importância e validade de outros saberes que não apenas a racionalidade moderna de matriz europeia Boaventura de Sousa Santos chama de Ecologia de Saberes (SANTOS, B., 2010b, p. 54).

Desde essa forma de conceber o conhecimento, e da aposta em sua aplicação, conclui-se, do presente capítulo, que a conjugação das ideias de hermenêutica diatópica enquanto condição de possibilidade para um cosmopolitismo subalterno se constitui enquanto se configura enquanto um alento à aposta em uma ecologia de saberes, como forma de respeito a todas as culturas e de efetivação de direitos nos mais diversos planos e lugares. Em especial, nesse artigo, ao direito internacional desde a perspectiva da TWAIL.

4 | CONCLUSÃO

A sociedade globalizada constitui-se enquanto um modelo organizacional completamente diverso de qualquer outro existente até então. O capitalismo moderno se utiliza da razão instrumental – indolente – para avançar dentro e para além dos limites nacionais. A fenômeno da globalização, porém, não pode ser considerado ensimesmadamente enquanto bom ou ruim, o juízo de valor somente pode residir por sobre as consequências de uma ou outra forma de globalização.

A principal forma de globalização observada na atualidade é o globalismo localizado, orientado por uma racionalidade que se pauta por uma mentalidade monocultural. A potencialização dos efeitos coloniais nas dinâmicas organizacionais e relacionais hegemônicas recrudescem a violação dos direitos a populações em estado de vulnerabilidade. É consabido que o direito está sempre atrasado em relação às transformações da sociedade, e por isso impõe-se a necessidade de pensar em possíveis soluções.

A efetividade da proteção de direitos certamente perpassa pela resposta do judiciário aos casos concretos. Por isso, é preciso ultrapassar a racionalidade instrumental que orienta a tomada de decisões e o pensamento colonial que é tendência ao se pensar o direito a partir de matriz europeias. Trespasar a utilização da razão indolente e adentrar em um campo de diálogo com outras culturas é fundamental para o avanço na consolidação e efetivação de direitos de populações vulneráveis em países do Sul global.

Uma boa forma de desconstruir o edifício do discurso relativamente impermeável do direito internacional para reconstruí-lo é a denúncia da ordem do discurso com os instrumentos foucaultianos de análise genealógica e arqueológica da disciplina e da prática. Um discurso e uma prática que foram e são utilizados para oprimir e que precisam ser contestados, quebrados e substituídos, por exemplo, pela linha da TWAIL.

A hermenêutica diatópica se caracteriza, desde a abordagem adotada no trabalho, enquanto complemento fundamental ao comprometimento com um reconhecimento do *outro* que conecte diferentes *topoi*, a fim de encontrar decisões com respeito à interculturalidade nos casos concretos. Ainda que o projeto pareça utópico, verifica-se um embrião possível a partir das pesquisas acadêmicas que ocorrem simultaneamente em diversas localidades.

Assim, desde uma abordagem complexa, e sem a pretensão de concluir definitivamente sobre a temática, foi possível verificar que, a partir do compromisso com a consolidação de um cosmopolitismo subalterno orientado pela hermenêutica diatópica, é possível pensar em uma ecologia de saberes. A partir de então, vislumbra-se no horizonte a possibilidade da manifestação da disciplina e da prática do direito internacional mais adequadas sob a lente dos direitos humanos, e que resguardem e protejam as particularidades de populações em situação de vulnerabilidade diante do fenômeno da globalização.

REFERÊNCIAS

- BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. **Civitas**. Porto Alegre. v. 12. n. 1. p. 20-46. jan-abr. 2012.
- CHIMNI, B. S. Thir World Approches to International Law: a Manifesto. **International Community Law Review** 8. Netherlands. p. 3-37. 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um Direito Comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DEMO, Pedro. **Complexidade e aprendizagem**: a dinâmica não-linear do conhecimento. São Paulo: Atlas, 2008.
- DUSSEL, Enrique. Meditações anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**: aula inaugural do Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- JOUANNET, Emmanuelle. **The roots of international law**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014.
- MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003.
- POGGE, Thomas. ¿Que es la Justicia Global?. **Revista Latinoamericana de Filosofia**. Vol. XXXIII n.º 2. Primavera de 2007.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A aplicação da margem nacional de apreciação pelas cortes de direitos humanos: desafios à internacionalização dos direitos humanos. In: REDIN, Giuliana; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SILVA, Maria Beatriz Oliveira da (Orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Santa Maria: UFSM, 2016.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. Coleção para um novo senso comum. V. 4. São Paulo: Cortez, 2010a.
- _____. **As tensões da modernidade**. 2002. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html#1>>. Acesso em: 28 jul. 2017.
- _____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010b.
- _____; MENESES, Maria Paula. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010c.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 25. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015;

O COMÉRCIO, COMO ELEMENTO DA PROPOSTA KANTIANA, FAVORECENDO A PAZ PERPÉTUA NA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Data de aceite: 03/08/2020

Angélica Godinho da Costa

Universidade Estadual de Londrina - UEL

<http://lattes.cnpq.br/1494320020862832>

RESUMO: Este texto discorrerá sobre a apropriação da filosofia kantiana, no contexto das Relações Internacionais e das Nações Unidas, entre os povos e a paz mundial, após as duas grandes guerras. Entende-se aqui que a vinculação de política e reforma na teoria Kantiana, contém um compromisso com a compensação de reivindicações econômicas, sociais e jurídicas, cuja dinâmica já era visível em fins do século XVIII. Os escritos de Immanuel de Kant não apenas atuaram no desenvolvimento do direito das gentes moderno como ainda estão incrivelmente atualizados. Este artigo tem como propósito especial, fazer uma análise sobre do impacto do comércio na relação entre as nações, favorecendo a paz mundial, como elemento da proposta kantiana. Para tanto, outros pensadores serão mencionados, afim de esclarecer diversos pontos de vista contraditórios ou não ao viés mercantilista dessa proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Relações Internacionais,

Comércio, Mercantilismo, Paz Perpétua.

ABSTRACT: This text will discuss the appropriation of Kantian philosophy, in the context of International Relations and the United Nations, between peoples and world peace, after the two great wars. It is understood here that the bond between politics and reform in the Kantian theory, contains a compromise with the compensation of economic, social and legal claims, whose dynamics was already visible in the late eighteenth century. The writings of Immanuel de Kant not only acted in the development of the law of the modern people but they are still incredibly updated. This article has the special purpose of analyzing the impact of trade on the relationship between nations, favoring world peace, as an element of the Kantian proposal. Therefore, other thinkers will be mentioned, in order to clarify several contradictory points of view or not to the mercantilist bias of this proposal.

KEYWORDS: International Relations, Trade, Mercantilism, Perpetual Peace.

INTRODUÇÃO

Immanuel Kant não afirma categoricamente que o comércio promoveria a

paz entre as nações. Contudo, há diversas menções sobre o tema em suas obras, indícios claros de que o sistema mercantil impacta profundamente na relação entre os povos.

Entre os muitos autores e trabalhos em torno desse tema, destacam-se as notáveis manifestações de Kant, sobretudo em seu conhecido texto intitulado **A Paz perpétua – Um Projeto Filosófico**, publicado pela primeira vez em 1795, na Alemanha, e logo em seguida traduzido para o francês.

Essa obra reflete em boa parte a transição da Europa Feudal para uma nova era liderada pela burguesia em ascensão, e guiada pelas ideias iluministas que tinham como premissas básicas a liberdade e o ser humano.

A Paz Perpétua, inspirou de forma prática o livre comércio, ao despertar a necessidade de regulamentação do direito cosmopolita, através de medidas efetivas da humanidade para concretizar um sistema internacional fundamentado na paz e baseado na igualdade jurídica das nações

[...] estabelecer relações pacíficas, as quais acabarão por se tornar legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez mais o gênero humano de uma constituição cosmopolita. - A Paz Perpétua, Kant 1795.

SOBRE A CRIAÇÃO DA ONU

Especialmente após as duas grandes guerras, países começaram a criar organismos internacionais para cooperar em assuntos específicos. Algumas iniciativas surgiam já no final do século 19, como a União Internacional de Telecomunicações (ITU) foi fundada em 1865, inicialmente com o nome de União Telegráfica Internacional e a União Postal Universal (UPU), em 1874; que atualmente são agências do Sistema das Nações Unidas.

Na Holanda, em Haia, aconteceu a primeira Conferência Internacional da Paz, no ano de 1899 e outra em 1907, cada uma oficialmente denominada: **Convenção sobre a Resolução Pacífica de Controvérsias Internacionais**. Elas visavam a prevenção de guerras, a elaboração instrumentos para a resolução de conflitos de maneira pacífica, e também codificar as regras de guerra.

Menos de meio século depois, o mundo já contava com a “Liga das Nações”, a organização predecessora da ONU; uma instituição criada após o fim da I Guerra Mundial, em 1919, sob o Tratado de Versalhes. Em 1946, a Liga das Nações deixou de existir, devido à impossibilidade de cumprir seu papel de evitar a II Guerra Mundial.

Persistia ainda a necessidade de uma organização internacional de vocação universal, que pudesse administrar os interesses e conflitos das nações.

Tendo isso em vista, no final da Segunda Guerra, o nome Nações Unidas foi concebido pelo presidente estadunidense Franklin Roosevelt e utilizado pela primeira vez na Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, ainda durante a II Guerra Mundial, por representantes de 26 países.

A Carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniram em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945.

As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários. Atualmente, o dia 24 de outubro é comemorado em todo o mundo como o “Dia das Nações Unidas”.

Em 1946, aconteceu a primeira reunião da Assembleia Geral, em Londres, capital do Reino Unido, e naquela ocasião ficou decidido que a sede permanente da Organização seria nos Estados Unidos.

John D. Rockefeller Jr., em dezembro de 1946, ofereceu cerca de oito milhões de dólares para a compra de parte dos terrenos na margem do East River, na ilha de Manhattan, em Nova York. A Prefeitura da cidade ofereceu o restante dos terrenos para possibilitar a construção da sede da Organização.

Hoje, a estrutura central da ONU fica em Nova York, com sedes também em Genebra (Suíça), Viena (Áustria) e Nairóbi (Quênia), além de escritórios distribuídos em grande parte do mundo.

O COMÉRCIO E A PAZ

Na Paz Perpétua, em relação ao comércio, economia e práticas mercantis em geral:

- Kant alerta para a não emissão de dívidas públicas afim de fomentar a economia de um país, diz que um sistema de crédito é sempre um poder financeiro perigoso para reclamação presente.

- Sobre o consentimento dos cidadãos, se deve ou não haver guerra, lembra dos sofrimentos dela: como combater, custear as despesas da guerra com seu próprio patrimônio, reconstruir penosamente a devastação que ela deixa atrás de si e, por fim, tomar sobre si o peso das dívidas que nunca acaba (em virtude de novas e próximas guerras).

- O autor ressalta a injustiça, sobretudo dos comerciantes, em condutas inospitais de Estados Civilizados de sua região do mundo. Durante visitas a povos estrangeiros como América, países negros, as ilhas das especiarias, o Cabo, etc. na sua descoberta consideravam que esses países não pertenciam a ninguém, pois os habitantes nada lhes contavam (Kant, 1795, p.21-22).

Nas Índias Orientais (Industão), introduziram tropas estrangeiras sob o pretexto de visarem apenas estabelecimentos comerciais, mas com as tropas introduziram a opressão dos nativos, a instigação dos seus diversos Estados a guerras muito amplas, a fome, a rebelião, a perfídia e a ladainha de todos os males que afligem o gênero humano. A China e o Japão (Nipon), que tinham lidado com semelhantes hóspedes, permitiram sabiamente o acesso, mas não a entrada, no caso da China, e só um acesso limitado a

um único povo europeu, os Holandeses, no caso do Japão, aos quais no entanto, como a prisioneiros, excluem da comunidade dos nativos. O pior de tudo isto (ou, do ponto de vista de um juiz moral, o melhor) é que não estão contentes com esta actuação violenta, que todas estas sociedades comerciais se encontram no ponto da ruína iminente, que as ilhas do açúcar, sede da escravidão mais violenta e deliberada, não oferecem nenhum autêntico benefício, mas servem apenas directamente um propósito e, claro está, não muito recomendável, a saber, a formação dos marinheiros para as frotas de guerra, portanto também para as guerras na Europa; e tudo isto para potências que querem fazer muitas coisas por piedade e pretendem considerar-se como eleitas dentro da ortodoxia, enquanto bebem a injustiça como água.

Finalmente,” É o espírito comercial que não pode coexistir com a guerra e que, mais cedo ou mais tarde, se apodera de todos os povos. Porque entre todos os poderes subordinados ao poder do Estado, o poder do dinheiro é decerto o mais fiel. (Immanuel Kant, 1795, A Paz Perpétua.)”, ele enfatiza, algumas páginas adiante.

Como consequência das ideias iluministas, o final do século XVIII é também o período histórico em que ocorreram profundas transformações económicas, políticas e sociais no mundo, como por exemplo, a Revolução Industrial, a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa.

Cabe ainda destacar o fato de Kant ter nascido e passado toda a sua vida na Prússia, Estado de forte vocação militar. Com efeito, o exército permanente de Frederico II dispunha de um efetivo de 230 mil soldados, em uma população de seis milhões de habitantes, sendo despendidos anualmente cerca de 80% do orçamento do Estado em gastos militares.

Finalmente ainda vale lembrar que poucos meses antes da publicação de A paz perpétua, em abril de 1795, a Prússia de Kant celebrou com a França o tratado conhecido como a Paz de Basileia, que proporcionou um breve período de paz entre esses países e colocou fim ao isolamento diplomático de três anos da França Revolucionária, que havia sido imposto em conjunto com a Áustria e a Inglaterra.

É, portanto neste cenário de rupturas e transformações que Kant escreve seu pequeno grande texto, onde procura não apenas respostas para os dilemas de seu tempo, mas também apresenta um projeto filosófico para o futuro.

OUTROS AUTORES

Poucos comentaristas têm estudado mais profundamente a visão de Kant sobre o comércio. Um deles, no entanto, foi Dietrich Hermann Hegewisch (1746–1812), um respeitado professor da Universidade de Kiel que argumentava que o mercado económico mundial deveria ser transformado em uma esfera de livre comércio, muito antes da palavra “globalização” se popularizar. Naquela época ele também já sugeria que os europeus deveriam introduzir um padrão monetário, mas as moedas e notas de Euro¹ iniciaram sua

¹ Atualmente, o euro (€) é a moeda oficial de 19 dos 28 países da UE – União Europeia, que juntos constituem a zona euro, denominada oficialmente “área do euro”.

circulação apenas em primeiro de janeiro de 2002.

Ele foi um dos primeiros autores de língua alemã - talvez até o primeiro - a se engajar produtivamente com o inquérito de Adam Smith sobre a natureza e as causas da riqueza de Nações, acredita-se que até mesmo vários anos antes de Smith.

Smith foi uma grande inspiração para Hegewisch - muito mais significativo do que outros teóricos, como Hume, que haviam predito Smith no desenvolvimento de argumentos antimerkantistas. Sobre a liberdade do comércio internacional, no entanto, Hegewisch vai muito além de Smith.

Hume, criticou o mercantilismo, mas ele defendeu o mercado livre apenas em um mercado muito restrito. Defendeu impostos sobre bens de luxo e impostos para alívio da pobreza, por exemplo, e ele viu um papel importante para o governo não apenas no fornecimento de segurança e estabilidade, mas também estimulando a economia e a prosperidade da população.

Hegewisch desenvolveu uma forma distinta de cosmopolitismo de livre mercado. Ele argumenta, de acordo com Smith, que o protecionismo mercantilista falha porque supõe falsamente que o próprio estado terá lucro se outros estados não puderem exportar suas mercadorias. Em vez disso, ele argumenta, é mais vantajoso para todos os envolvidos se as nações importarem bens, do que custar mais caro para produzir internamente.

É um erro conceber importações como uma mera “perda de dinheiro”. Quando os habitantes compram bens por dinheiro, eles não só recebem algo em troca, mas eles também adicionam algo mais importante, ou seja, um aumento no seu bem-estar.

Portanto, se eles trocam livremente seu dinheiro por bens de sua preferência, a compra resulta não em uma perda, mas um ganho para o estado.

Por outro lado, se o governo torna os bens importados mais caros através da imposição de tarifas, isso torna a população menos feliz do que poderia ser. A população tem que pagar mais (seja pelos bens produzidos mais caros internamente ou para os tributados e, portanto, produtos importados ainda mais caros), e isso significa que eles terão menos dinheiro para gastar em outras coisas. Essas “outras coisas” podem incluir a educação de seus filhos, ou outros bens que gerariam empregos domesticamente.

A VISÃO KANTIANA SOBRE O COMÉRCIO

O compromisso de Kant, em sua teoria do direito, com uma noção republicana de cidadania, combinados com sua teoria da propriedade e seus pontos de vista sobre tributação e alívio da pobreza, implica que o comércio deve ser, em primeiro lugar, justo, e que pode ser “Livre” apenas dentro dos limites da justiça.

Apesar de sua falta de proeminência, nos textos de Kant essa visão do comércio internacional desempenha um papel importante dentro de sua teoria cosmopolita de

meados dos anos de 1790. É evidente a sua alegação de que o comércio internacional, com razão concebido, traz o equivalente funcional de uma liga de estados e promove a realização do direito cosmopolita, superando a injustiça do colonialismo e da escravidão.

“Como” Kant concebeu o comércio, e especialmente “se” ele defendeu o livre comércio, dificilmente é discutido na literatura. Isso é especialmente notável, dado o quão bem conhecido a sua afirmação é que o “espírito de comércio” promove paz.

Se alguém coloca suas observações sobre o espírito de comércio, juntamente com seus pontos de vista de meados da década de 1790 sobre a justiça econômica e o objetivo do estado, torna-se claro que Kant não é nem um mercantilista nem um defensor incondicional do livre comércio, nem uma estranha mistura destes, mas ele defende uma posição alternativa própria. Ele discute o papel e limites do mercado em termos de “direito”, e ele é capaz de lidar com os problemas relacionados com a posição da Hegewisch, como discutido acima.

Kant nem sempre descreveu os efeitos do comércio em termos positivos. Em a *Crítica do Juízo* (1790)², por exemplo, sua atitude foi bastante negativa.

No momento em que Kant introduz a nova noção de “direito cosmopolita”, no entanto, em *Toward Perpetual Peace* (1795), sua avaliação mudou radicalmente. À luz da importância que Kant aqui atribui ao mútuo compreensão, comunidade e paz, é claro que ele é agora inequivocamente positivo sobre os efeitos do comércio. Ele escreve que foi o comércio que “Primeiro trouxe [povos] para relações pacíficas uns com os outros, mesmo com aqueles a uma grande distância, e assim em relações baseadas em mútuo entendimento, comunidade e paz ”(ZeF 8: 364). Em direção à Paz Perpétua, o “espírito de comércio” é a resposta para a questão do que pode “garantir” que os princípios do direito cosmopolita serão respeitados. Ele agora chama a paz resultante do comércio, de “nobre” em vez de expressar-se com depreciação, e escreve que o espírito do comércio leva a uma situação que funcionalmente se assemelha uma liga de estados. Ele escreve: “É o espírito do comércio, que não pode coexistir com a guerra (Ze 8: 368)” como citado aqui anteriormente no subtítulo: O Comércio e a Paz. Kant argumenta aqui que o comércio une estados diferentes (e suas populações) através do interesse recíproco e do benefício mútuo, e nos casos em que as tensões emergem entre os estados, o espírito do comércio os leva a perseguir negociação e mediação, “como se fossem membros de uma organização permanente”.

Uma boa relação comercial entre os povos, é um importante passo no caminho para a interação pacífica em todo o globo. Grandes alianças quase nunca ocorrem em nome da guerra, acrescenta Kant, e ainda mais raramente conseguem se perpetuar. O termo

2 Até a guerra, quando conduzida com ordem e respeito pelos direitos civis, tem algo sublime sobre ela, e também forma a maneira de pensar de um povo, conduzindo à guerra desta maneira, ainda mais sublime, quanto mais perigos foram expostos e puderam se levantar com coragem. Em contraste, uma paz longa tende a tornar o mero espírito do comércio dominante e, com ele, o interesse próprio, a covardia, e fraqueza, e assim [uma longa paz] tende a rebaixar a maneira de pensar de um povo. (KdU 5: 263)

“espírito de comércio” (Handelsgeist), usado por Kant, traduz O “esprit du commerce” de Montesquieu no Espírito das Leis (1748). Na avaliação positiva de Kant sobre os efeitos do comércio, no contexto da sua discussão da concretização da direita cosmopolita, ecoam afirmações também encontradas naquele livro. Na seção intitulada “Sobre o espírito do comércio” [De l’aprit du comércio], Montesquieu afirmou: A paz é o efeito natural do comércio. Duas nações que trafegam entre si tornam-se reciprocamente dependentes; pois se alguém tem interesse em comprar, o outro tem interesse em vender: e assim a união deles é fundada em suas necessidades mútuas.

Mas enquanto Montesquieu continuou sua discussão afirmando que a hospitalidade é “rara entre os países comerciais”, Kant afirma que o espírito comercial garante a viabilidade do direito cosmopolita e, portanto, o direito à hospitalidade. Isso é feito pelos principais estados para evitar guerra e manter relações comerciais. Seu comércio leva à mútua compreensão, comunidade e interações pacíficas em todo o mundo. Esse é um mundo de “hospitalidade” no sentido (kantiano) de que visitantes não são tratados com hostilidade pela simples razão de estarem iniciando o contato.

A alegação de Kant de que o comércio tem efeitos positivos para a paz mundial não nos diz que sua atitude é para a chamada liberdade de comércio. Na literatura, a alegação de Kant é frequentemente lida como uma simples defesa do livre comércio, mas a reivindicação em si é compatível com uma série de posições sobre o assunto. De fato, Kant não defende o livre comércio como um ideal por si só. Além do mais, há passagens em que ele defende claramente medidas protecionistas e impostos sobre o comércio.

Antes que tal república mundial seja formada, no entanto, o argumento de Kant para o alívio da pobreza não tem paralelo no nível internacional. O argumento kantiano está ligado à estrutura específica das relações entre os cidadãos e a república, e na ausência de uma estrutura desse tipo, o argumento não sai do chão. Além disso, porque uma frouxa e voluntária “Liga dos Estados” não tem leis comuns aplicáveis, não poderia institucionalizar de maneira suficiente os esquemas de alívio da pobreza e de tributação de qualquer maneira.

Isso não significa que Kant não tem mais nada a dizer sobre a economia global justa perante a república mundial. A primeira coisa a mencionar é a sua concepção de direito cosmopolita. Embora essa categoria de direito cosmopolita cobre muito mais do que apenas o comércio, ela cobre explicitamente comércio. Esse fato já demonstra que Kant viu a necessidade de um quadro, em termos de direito, para o comércio internacional.

Por um lado, o direito cosmopolita estipula um direito universal para indivíduos humanos e estados, para tentar se envolver em transações comerciais, e um direito de não ser tratado com hostilidade por tentar. Por outro lado, Kant argumenta que os estados têm o direito de restringir acesso aos seus mercados, se tiverem boas razões para acreditar que isso é necessário para evitar efeitos nocivos significativos e injustos. Ambos estes requisitos de direito, definem alguns parâmetros (embora reconhecidamente

gerais) sobre o comportamento admissível no mercado global e poderiam ser elaborados para incluir regulamentos mais específicos que garantam a equidade do comércio.

Em segundo lugar, Kant descreve o processo da liga dos estados para a república mundial (estado dos povos) como gradual. Parece que quanto mais características “república mundial” a federação adquire, mais adquire o dever do alívio da pobreza. A conta nesta seção é explicitamente baseada na extrapolação. Mas o fato de que tal extrapolação é possível é suficiente para mostrar que a teoria do direito de Kant de 1790 contém os blocos de construção, as fundações, de uma conta da justiça econômica global.

O papel positivo que Kant atribui ao mercado internacional comércio não implica um endosso incondicional de “livre” comércio, embora uma liberalização considerável do comércio seja compatível com os pontos de vista de Kant, desde que as condições da justiça internacional estejam bem implementadas. Essas condições de fundo são articuladas em termos de sua teoria de direito. O comércio internacional, por sua vez, é tido como o que leva uma liga de estados a promover a realização de um direito cosmopolita.

Ainda vale ressaltar comentários sobre os deveres morais dos indivíduos que se envolvem (direta ou indiretamente) em atividades comerciais internacionais. E, claro, muito poderia ser adicionado, a partir de uma perspectiva moral, sobre questões de comércio internacional.

Por exemplo, pode ser mostrado muito facilmente que a teoria moral de Kant proíbe formas de comércio em que uma parte coage ou engana outra, e a coerção também pode assumir a forma de aproveitar intencionalmente a posição miserável de um mais fraco parceiro comercial, que não tem outra opção a não ser aceitar uma exploração lidar. Além disso, o dever de benefício inclui o alívio da pobreza, mas também exige atenção para eliminar ou reduzir as causas da pobreza, o que pode muito bem incluir (por exemplo) tentativas de reformar o regime de comércio internacional. Esses deveres morais estão bem separados da existência de uma federação internacional, seja ela fraca ou forte, e eles podem ser facilmente defendidos em termos da teoria moral de Kant.

Na opinião de Kant, no entanto, mesmo uma perfeita condição jurídica global ainda não constituiria uma plena realização do ideal cosmopolita, porque isso também requer uma moral cosmopolita.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. Globalização, direito cosmopolita e direitos humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora UNB, 1995.

DIAS, Caio. **Globalização e os Fundamentos da Cidadania**. Disponível em: <https://www.academia.edu/39532886/Governan%C3%A7a_global_e_Direito_internacional> Acesso em: 02 de ago. de 2019.

GASPARDO, Murilo. **Globalização e os fundamentos da cidadania**. Ed. São Paulo: Alameda, 2017.

HUME, David. **Political Essays**. Ed. Knud Haakonssen: Cambridge University Press, 1994.

KANT, Immanuel. **A Paz perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Mourão. Covilhã, 2008.

_____. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valerio Rohden e António Marques. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 1993.

KLEINGELD, Pauline. **Kant and cosmopolitanism: the philosophical idea of world citizenship**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Chapter 5 – Kant and Hegewish on the freedom of international trade. p. 124 – 148.

NOUR, Soraya. **A Paz perpétua de Kant. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant**. 3ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

SALDANHA, Eduardo; ANDRADE, Melanie Merlin de. **Immanuel Kant, idealismo e a Carta da ONU**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SCHABAS, Margaret; à edição dos escritos de Hume sobre economia, David Hume, **Writings on Economics**, ed. Eugene Rotwein, novo introd. Margaret Schabas (New Brunswick: Transação, 2007)(orig. 1955)).

Sítio Web oficial da **União Europeia**. EUROPA > Sobre a UE > O euro. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/about-eu/euro_pt> Acesso em: 02 de ago. de 2019.

TERRA, RICARDO. **Kant e o Direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. Globalização, direito cosmopolita e direitos humanos. In: DIREITO, Carlos Alberto; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Website oficial das **Nações Unidas Brasil**. Conheça > História. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>> Acesso em: 02 de ago. de 2019.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judiciante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Administração pública 18, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215

Ambiente de trabalho 17, 18, 19, 20, 23, 24, 26, 28, 76, 88, 95, 96, 98, 103

Âmbito escolar 180, 181

Animais 100, 172, 176, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255

Arbitragem 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59

Assédio moral 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 28, 40, 41, 74, 76

Assédio sexual 18, 23, 24, 40

B

Brasil 5, 6, 3, 4, 15, 25, 26, 34, 35, 39, 40, 41, 46, 58, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 99, 105, 107, 108, 127, 128, 136, 137, 139, 140, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 152, 153, 155, 156, 160, 164, 165, 166, 175, 178, 181, 186, 188, 190, 191, 193, 194, 198, 200, 201, 209, 210, 211, 212, 214, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 242, 244, 245, 246, 247, 253, 255, 261, 283, 284

Bullying 18, 27, 31, 39, 40, 180, 181, 182, 183, 184, 185

C

Centrais sindicais 82, 83, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93

Ciberbullying 180

D

Democracia 72, 80, 85, 109, 110, 111, 112, 113, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 133, 134, 135, 136, 137, 186, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 198, 204, 206, 267

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 24, 25, 26, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 76, 79, 80, 85, 87, 89, 92, 93, 95, 96, 99, 103, 104, 106, 107, 113, 115, 118, 121, 122, 123, 126, 127, 128, 130, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 152, 153, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 187, 190, 192, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 219, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 279, 280, 281, 282, 283, 284

Direito internacional público 256, 257, 259, 260, 261

Direitos humanos 13, 60, 61, 62, 68, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 117, 188, 203, 257, 258, 262, 265, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 282, 283, 284

E

Espanha 164

I

Informação 55, 56, 61, 63, 65, 67, 109, 110, 111, 114, 115, 116, 118, 120, 121, 122, 123, 126, 127, 128, 129, 130, 133, 135, 136, 137, 139, 141, 142, 145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 160, 164, 165, 166, 168, 181, 206, 215

Internet 33, 55, 56, 64, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 172, 173, 174, 177, 178, 181, 183, 185

J

Justiça do trabalho 4, 8, 9, 11, 14, 15, 20, 42, 44, 49, 53, 55, 56, 68, 76, 92, 94, 95, 96, 100, 106, 108

Justiça gratuita 1, 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15

K

Kant 249, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283

M

Movimento 72, 83, 85, 92, 93, 123, 132, 192, 232, 233, 238, 239, 243, 253, 262, 263

Mulher transexual 69

N

Não humanos 170, 172, 173, 176, 232, 233, 234, 238, 240, 241, 247, 249, 250, 251, 253, 254, 255

P

Paz perpétua 275, 276, 277, 278, 280, 283

Processo do trabalho 1, 2, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 53, 59

Proteção de dados 121, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 164, 166

S

Saber 175, 182, 196, 197, 208, 213, 222, 265, 268, 269, 272, 278

Senciência 249, 250, 251, 254, 255

Sociedade contemporânea 60, 128, 129, 153

Sujeito de direitos 235, 253

T

Tecnologia 3, 4, 5, 7, 35, 64, 67, 110, 112, 113, 119, 120, 128, 130, 131, 132, 137, 146, 148, 151, 152, 153, 158, 163, 164, 165, 166, 168

Teletrabalho 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68

Transformação 112, 114, 129, 154, 164, 167, 168, 174, 270



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

3

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

@atenaeditora 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020



***Direito em Movimento:
Saberes Transformadores da
Sociedade Contemporânea***

3

www.atenaeditora.com.br 

contato@atenaeditora.com.br 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

www.facebook.com/atenaeditora.com.br 

 **Atena**
Editora

Ano 2020