
XXII REVISTA DO CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

SALVADOR-BA
2020



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

XXII REVISTA DO CEPEJ

CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

SALVADOR-BA
2020

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Edição eletrônica

Distribuição: Todo o território nacional

Revista do CEPEJ, v. 22 – 2020 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2020.

fls.

v. 22

ISSN 2595-3435

1. Direito – Periódico.

CDD 340.05

CEPEJ

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretoria de Presidência: Antônio Marcelo Barbosa Souza Filho

Diretoria Administrativo-Financeira: Gabriel Bazachi Jara

Diretoria de Comunicação: Letícia Sobrinho da Silva

Diretoria de Gestão de Pessoas: Stephanie dos Santos Silva

Diretoria de Projetos: Carlos Cauã Santos Pereira

MEMBROS

Antônio Marcelo Barbosa Souza Filho

Bianca Silva Matos

Carla Kellen Mota de Queiroz

Carlos Cauã Santos Pereira

Clara Oliveira de Holanda Cavalcante

Enzo Frederico Vago Pereira

Gabriel Bazachi Jara

Gabriel Nunes Santos

Isadora dos Santos Magalhães

Jade Caldas Sibalde

Kauane Nunes Alcedino

Leonardo da Silva Cavalcante

Letícia Sobrinho da Silva

Marina Morena Larangeira Fernandes

Renato Nonato Xavier Sobrinho

Rosane Santos Sousa

Stephanie dos Santos Silva

Warlen Alves de Oliveira Júnior

COMISSÃO EDITORIAL

Editor-chefe: Professor Doutor Saulo José Casali Bahia (Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

Subeditora: Carla Kellen Mota de Queiroz

Antônio Marcelo Barbosa Souza Filho

Bianca Silva Matos

Carla Kellen Mota de Queiroz

Carlos Cauã Santos Pereira

Clara Oliveira de Holanda Cavalcante

Enzo Frederico Vago Pereira

Gabriel Bazachi Jara

Gabriel Nunes Santos

Jade Caldas Sibalde

Rosane Santos Sousa

Stephanie dos Santos Silva

Warlen Alves de Oliveira Júnior

CAPA

Warlen Alves de Oliveira Júnior

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Professora Doutora Adriana Valéria Pugliesi Gardino

Professora Doutora Adriane Medianeira Toaldo

Professora Mestre Aline Batista Moscovits

Professora Doutora Ana Rachel Freitas da Silva

Professor Doutor André Karam Trindade

Professora Mestre Andréa Paula dos Reis Santos Oliveira

Professor Doutor Antônio Carlos Morato

Professor Mestre Caio Eduardo Costa Cazelatto

Professora Mestre Carolina Grant Pereira

Professora Doutora Clarisse Laupman Ferraz Lima

Professora Doutora Claudia Luiz Lourenço

Professor Mestre Daniel Vieira Bogeá Soares

Professor Mestre Daniel Gonçalves de Oliveira

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

Professora Doutora Daniela Richter

Professor Doutor Eduardo Silva Bitti

Professor Doutor Eduardo Braz Marinho Rolim

Professor Doutor Eledison de Souza Sampaio

Professora Doutora Fernanda Cláudia Araújo da Silva

Professor Doutor Gabriel Ferreira da Fonseca

Professora Doutora Gabriela de Sousa Moura

Professor Doutor Harisson Ferreira Leite

Professor Doutor Henrique Haruki Arake Cavalcante

Professora Mestre Ivana Có Galdino Crivelli

Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Professor Mestre João Pereira Monteiro Neto

Professora Doutora Laura Souza Lima e Brito

Professor Doutor Marco Antônio Loschiavo Leme de Barros

Professor Mestre Marcos Vinícius Lustosa Queiroz

Professor Doutor Marcos Vinicius Torres Pereira

Professora Doutora Margareth Vetis Zaganelli

Professora Doutora Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos

Professora Mestre Marina de Cerqueira Sant'Anna Rezende

Professora Doutora Rafaela Alban Cerqueira

Professor Doutor Ricardo Gueiros Bernardes Dias

Professor Doutor Rodrigo Moraes Ferreira

Professora Doutora Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda

Professor Doutor Rubens Beçak

Professor Doutor Trícia Navarro Xavier Cabral

Professor Doutor Vicente da Cunha Passos Júnior

Professora Doutora Wanda Helena Mendes Muniz Falcão

SUMÁRIO

Editorial.....	11
A Nova Diretiva dos direitos de autor no Mercado Único Digital do Parlamento Europeu: críticas, elogios e possíveis impactos	14
Interpretações e caminhos harmonizantes do ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	34
O abandono afetivo como consequência da alienação parental e a mediação como ferramenta apta à solução dos conflitos familiares	55
É hora de quebrar a escavadeira? O “direito ao esquecimento” de dados pessoais em processos judiciais com a finalidade esgotada	701
Análise histórica e crítica da relação de trabalho feminina e os impactos da reforma trabalhista nos direitos conquistados.....	87
Um estudo sobre o desenvolvimento da natureza jurídica das obrigações: entre germânicos e lusitanos.....	99
A Lei 13964/2019 e as relações de gênero, raça e classe do sistema jurídico penal: endurecer a punição resolve o problema da segurança pública?.....	116
Fundamentos, potencialidades e efetividade da “lista suja” enquanto instrumento de combate ao trabalho análogo ao de escravo.....	130
A responsabilidade civil e penal dos envolvidos em sequestros digitais em face da legislação brasileira de proteção de dados pessoais.....	Erro! Indicador não definido.
Audiência de custódia para todos os presos? Uma análise na ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos	174
A viabilidade do peticionamento individual na ONU como alternativa ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos	185
Direitos humanos interculturais, laicidade e a experiência social de candomblecistas no interior baiano: um estudo sobre simbolismo legal e identidades	197
Tutela dos direitos sociais: omissão estatal, medidas estruturantes e gastos públicos... 	216
O regresso como políticas de “progresso”: a devastação de Sobradinho-BA	237

EDITORIAL

Levada a cabo pelos estudantes da graduação da Faculdade de Direito da UFBA e membros do Centro de Estudos e Pesquisa Jurídica, surge a XXII Edição da Revista do CEPEJ. A publicação de mais um número representa a concretização da missão, visão e valores da instituição e consolida a atuação direcionada ao fomento da produção científica inovadora, responsável e de qualidade. É com alegria, pois, que apresentamos à comunidade acadêmica esse espaço democrático de publicação.

A Revista do CEPEJ sempre será um espaço aberto para a divulgação do pensar crítico e científico sobre o direito, que reflita e questione as estruturas impostas e permita aos estudantes, notadamente da graduação, serem protagonistas de sua própria formação. É justamente por ser a porta-voz do resultado das produções científicas da comunidade estudantil que a Revista do CEPEJ honrou – e vem honrando – compromisso com o desenvolvimento de novos saberes jurídicos, ainda que diante do contexto pandêmico vivenciado.

A manutenção das atividades da Comissão Editorial para a publicação dessa edição, mesmo diante das proporções tomadas pela pandemia do Covid-19, foi um desafio para todos os envolvidos no processo de avaliação aqui finalizado. No entanto, o estímulo e o fortalecimento da pesquisa científica, mesmo em situações atípicas, são deveras necessários para o aperfeiçoamento e desenvolvimento acadêmico dos autores e dos nossos leitores.

Por fim, colocamos à disposição dos leitores uma diversificada seleção de artigos, com reflexões em disciplinas variadas, enviadas por autores, do âmbito da graduação e da pós-graduação de todo o Brasil. Aproveitamos para agradecer a importante contribuição de nossos autores e autoras, dos pareceristas ad hoc e dos membros da comissão. Vocês nos estimulam diariamente. Tenham uma leitura prazerosa!

Comissão Editorial

ARTIGOS

A NOVA DIRETIVA DOS DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO ÚNICO DIGITAL DO PARLAMENTO EUROPEU: CRÍTICAS, ELOGIOS E POSSÍVEIS IMPACTOS

A polêmica do “fim da internet” nos países da União Europeia

*Adrcia Rocha Ferreira**

RESUMO: O Parlamento Europeu aprovou em 2019 uma Nova Diretiva de Direitos do Autor para o Mercado Digital, que, desde o início de seu processo legislativo, gerou diversas controvérsias e polêmicas. O objetivo deste artigo foi analisar a Diretiva e seus artigos a partir de suas críticas e elogios, em um contexto que vai além da União Europeia, com destaque para os possíveis impactos no Brasil. Como método foi feita uma pesquisa bibliográfica a partir de diversos livros, artigos, leis, convenções, diretivas e reportagens da internet do Brasil, Colômbia, EUA, UE, etc. O resultado foi um compilado de opiniões diferentes sobre a diretiva, envolto em uma análise sobre a sua importância, assim como as consequências ainda incertas que ela gerará. Por fim, chega-se à conclusão de que é necessário ter um pensamento crítico sobre esta Diretiva, justamente por isso a tentativa de mostrar diferentes opiniões. De todo modo, é certo que os debates sobre direitos de autor, especificamente no contexto na internet, estão longe de acabar.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos de autor; Mercado Digital; Internet; União Europeia; Nova Diretiva; Brasil.

ABSTRACT: The European Parliament approved in 2019 a New Copyright Directive for the Digital Market, which, since the beginning of its legislative process, has generated several controversies and polemics. The purpose of this article was to analyze the Directive and its articles based on its critics and praises, in a context that goes beyond the European Union, with emphasis on the possible effects in Brazil. The method was a bibliographic research from several books, articles, laws, conventions, directives and reports from the internet from Brazil, Colombia, USA, EU, etc. The result was a compilation of different opinions on the directive, wrapped on an analysis on its importance, as well as the still uncertain consequences that it will generate. Finally, it is concluded that critical thinking about this Directive is necessary, and precisely for that, there was an attempt to show different opinions through the development of the article. In any case, it is certain that the debates on copyright, especially in the context of the internet, are far from over.

KEYWORDS: Copyright; Digital Market; Internet; European Union; New Directive; Brazil.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Dos Direitos de Autor; 3 Do Mercado Único Digital; 4 Da Nova Diretiva dos Direitos de Autor no Mercado Digital do Parlamento Europeu; 5 Dos Artigos Polêmicos; 5.1 Do Artigo 15 (Antigo artigo 11); 5.2 Do Artigo 17 (Antigo artigo 13); 6 Das Reações; 6.1 Das Críticas e Reações Negativas;

* Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo

6.2 Dos Elogios e Reações Positivas; 7 Dos Possíveis Impactos no Brasil; 8. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 2016, foi apresentada a Proposta da Diretiva do Parlamento Europeu e da Comissão relativa aos direitos de autor no mercado único digital. Fruto de uma agenda política que busca modernizar e atualizar o direito europeu à nova era, a proposta gerou muitos debates, controvérsias e discussões. Após um longo processo legislativo, 3 anos depois, é aprovada em sessão parlamentar a Nova Diretiva em 26 de março de 2019.

O objetivo deste artigo é analisar introdutoriamente e brevemente o direito autoral para entender melhor a finalidade e motivações para a criação desta nova diretiva e discorrer sobre suas críticas e elogios e o que elas refletem da sociedade internacional atual e que impactos esses novos artigos causarão, na Europa e no mundo, principalmente no Brasil. O presente artigo possui como metodologia a realização de pesquisa bibliográfica a partir de diversos livros, artigos científicos, leis brasileiras e estrangeiras, convenções, diretivas, reportagens na internet, entre outros. Essas fontes provêm não só do Brasil, mas também de livros e textos dos EUA, da Colômbia, da União Europeia, etc. Trata-se de uma pesquisa exploratória, que busca pesquisar textos e documentos para apresentar o tema e analisá-lo sob a óptica de diferentes opiniões.

O mundo está mudando cada vez mais rápido, a tecnologia avança em passos largos, e as relações humanas no meio disso ficam mais complexas com a globalização e a internacionalização. O direito precisa se adaptar a essas mudanças. A internet ainda é um campo no direito muito inexplorado, apesar de já haver um desenvolvimento na área nos últimos anos. É por esse motivo que é de extrema importância analisar como as codificações e busca por uniformização dessa área no direito estrangeiro afetam, não só os sujeitos pretendidos diretamente, mas também outros países de forma indireta.

A grande controvérsia da diretiva apresentada se resume em uma guerra entre grandes indústrias: a mídia antiga e a internet. O foco, que deveria ser os autores intelectuais, virou também uma questão econômica.

2 DOS DIREITOS DE AUTOR¹

O direito do autor é um ramo do direito que trata da propriedade dos criadores intelectuais², é espécie do gênero Propriedade Intelectual, e no Brasil, é configurada como

¹ ASCENSÃO (1997) preleciona que a legislação pátria distingue entre direito de autor e direito autoral. O primeiro é ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas e o segundo abrange além disso, os chamados direitos conexos do direito de autor. Direito autoral passou a designar o gênero e a palavra é um neologismo introduzido por Tobias Barreto para corresponder à palavra alemã *Urheberrecht*, cujo significado é direito de autor. (ASCENSÃO, 1997, p.15-16 apud OGAWA, 2007, p.16)

² (OWENS, 1994)

pertencente ao Direito Civil. O artigo 11 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98) indica que autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica; podendo o criador ser absoluta ou relativamente incapaz. E embora a obra intelectual provenha da inteligência humana, conforme o parágrafo único do artigo 11 a proteção conferida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos na própria LDA.

De acordo com a Lei 9.610/98, responsável por consolidar a legislação sobre direitos autorais no Brasil, conforme consta em seu art. 7º: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

Ainda no referido artigo, há um rol exemplificativo de obras intelectuais protegidas pela lei, como obras literárias (inciso I), composições musicais (inciso V), obras audiovisuais, inclusive cinematográficas (inciso VI), obras fotográficas (inciso VII), obras de desenho, pintura, etc (inciso VIII) e programas de computador (inciso XII), este último sendo objeto de legislação específica. Vale ressaltar que o direito autoral também protege obras derivadas, como traduções de livros e adaptações de livros para o cinema, com a devida autorização do autor da obra original para tal.

Portanto, direito autoral é aquele pertencente a autores de tais obras, não abrangendo ideias. Ao contrário da propriedade industrial, os direitos autorais independem de registro (Art. 18 da Lei 9.610/98), entretanto, é recomendável, visto que se trata de uma prova sólida da autoria o que evita problemas futuros em caso de violações ou questionamentos.

São direitos assegurados ao titular do direito autoral:

(1) o direito patrimonial, que surge com a publicação da obra intelectual, e garante ao autor extrair benefício financeiro com a exploração da sua obra e envolve principalmente pelo direito de reprodução (ao assinar um contrato com uma editora ou gravadora). Suas principais características consistem em: ficar a cargo exclusivo do autor a exploração econômica da sua obra mediante comunicação ao público, seja na forma de representação ou de reprodução; necessidade da prévia e expressa autorização do autor para a utilização da obra; a autorização para uma modalidade de utilização não se estende para as demais; para os efeitos legais, os direitos autorais são considerados bens móveis; os negócios envolvendo os direitos patrimoniais são interpretados restritivamente; a aquisição de um original ou exemplar de uma obra não torna o seu adquirente titular dos direitos patrimoniais; e por fim, os direitos patrimoniais sofrem limitações legais em decorrência do interesse público.

(2) o direito moral, considerado como direito da personalidade, manifesta-se com a criação intelectual e garante ao autor o reconhecimento pela autoria de uma determinada obra. O direito moral é intransmissível (salvo exceções legais), inalienável e irrenunciável - diferentemente do direito patrimonial, pois mesmo que venda o direito de reprodução, seu direito de crédito permanece e se houver uma violação, o autor deverá ser indenizado; visto que o vínculo do autor com sua criação é indissolúvel. O autor tem o direito de reivindicar a sua autoria (direito à paternidade); de ter o seu nome,

pseudônimo ou sinal convencional relacionado à sua criação (direito ao crédito); de manter a obra inédita (direito ao inédito); de ter um exemplar único e raro, indenizando a quem de direito; e também da garantia de preservação da integridade da obra, portanto, mesmo que o autor tenha cedido o direito patrimonial, se houver utilização deste que atinja sua honra, que modifique ou prejudique a obra, o autor pode requerer a suspensão da reprodução ou retirada de circulação, além de possíveis indenizações.

Importante ressaltar que, no que tange o direito patrimonial, há a limitação legal da temporalidade, o que significa que:

Inicialmente cabe aos autores a exclusividade da exploração econômica das suas obras intelectuais. Há um interesse público a justificar essa exclusividade: uma forma de remuneração para os autores pelos seus esforços intelectuais, uma espécie de incentivo para que ele continue a criar e também um meio de garantir o seu sustento. Todavia, em prol do bem comum, essa exclusividade de exploração é limitada no tempo. A obra intelectual, após o transcurso do prazo de exclusividade de exploração por parte do autor, passa para o domínio público, podendo ser livremente utilizada por qualquer interessado. (OGAWA, 2007).

Desse modo, a proteção das obras pelo direito autoral vige por 70 anos contados do falecimento do autor e para obras audiovisuais e fonográficas o prazo é contado da divulgação. A expressão de que tal obra “caiu em domínio público” significa que sua exploração passou a ser livre, atestando que a proteção dada pelo direito patrimonial não é eterna. Dessa forma, a divulgação dessas obras intelectuais é ampliada, o que favorece o acesso à cultura, e não só a população, mas outros autores também são beneficiados com esse aumento do patrimônio cultural universal, pois este lhe servirá como fonte de conhecimento e inspiração para as suas criações. Trata-se de um contínuo movimento cíclico.

Nos últimos anos, há um movimento de vários países com o intuito de firmar acordos e tratados em plano internacional em prol dos direitos autorais, o que demonstra a importância dada a sua regulação por princípios e regras uniformes para proteger o autor, suas obras intelectuais e os terceiros envolvidos (como empresas de entretenimento), assim como fomentar a diversidade cultural e o desenvolvimento tecnológico, social e econômico.³

A importância da proteção ao direito do autor se reflete nas palavras PARILLI (1991): *“Sin autor no hay obra. Toda creación se nutre de un orden cultural preexistente. La desprotección al autor desalienta la creatividad intelectual”*.

3 DO MERCADO ÚNICO DIGITAL

O Mercado Único Digital (MUD) é um complexo processo legislativo que visa eliminar as barreiras comerciais entre os países da União Europeia, objetivando contribuir para uma maior união entre os povos europeus, aumentar a prosperidade econômica e desenvolver o conceito de mercado interno – definido como “espaço sem fronteiras internas no qual a livre

³ (OGAWA, 2007, p.7-8)

circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada” (COMISSÃO EUROPEIA, 1995 apud ALBA, 2018).

A livre circulação da informação, do conhecimento e do conteúdo, juntamente com as novas formas de criação de bens e serviços intelectuais, são moldadas no MUD com base nos quatro pilares básicos do mercado único (livre circulação de pessoas, bens, serviços e capital). No que diz respeito aos direitos de autor, a Estratégia para o Mercado Único Digital, apresentada em 6 de maio de 2015, avança com várias medidas relacionadas com a melhoria da proteção dos direitos de propriedade intelectual. Mas isto coexiste com outros interesses, por vezes em confronto, como seria o acesso pelos usuários a conteúdos protegidos, já que enfrentam as expectativas de retribuição econômica do titular dos direitos sobre as mesmas obras ou serviços. (ALBA, 2018)

Na exposição de motivos da Proposta da Nova Diretiva do Parlamento Europeu sobre Direitos de Autor (objeto deste artigo), é afirmado que:

A evolução das tecnologias digitais alterou a forma como as obras e outro material protegido são criados, produzidos, distribuídos e explorados, tendo surgido novas utilizações, bem como novos intervenientes e novos modelos empresariais. No contexto digital, as utilizações transnacionais também se intensificaram e novas oportunidades de acesso dos consumidores a conteúdos protegidos por direitos de autor concretizaram-se. [...]

Não obstante o facto de que as tecnologias digitais deveriam facilitar o acesso transnacional a obras e outro material protegido, os obstáculos mantêm-se, em particular no que se refere às utilizações e obras em que o apuramento de direitos é complexo. É este o caso das instituições responsáveis pelo património cultural que pretendam facultar o acesso em linha, nomeadamente além-fronteiras, a obras contidas nos seus catálogos que deixaram de ser comercializadas. Em consequência destes obstáculos, os cidadãos europeus perdem oportunidades de acesso ao património cultural. [...]

A evolução das tecnologias digitais conduziu ao aparecimento de novos modelos empresariais e reforçou o papel da Internet enquanto principal mercado para a distribuição e o acesso a conteúdos protegidos por direitos de autor. Neste novo quadro, os titulares de direitos enfrentam dificuldades quando tentam licenciar os seus direitos e ser remunerados pela distribuição em linha das suas obras. Esta situação poderia pôr em risco o desenvolvimento da criatividade europeia e da produção de conteúdos criativos. Por conseguinte, é necessário garantir que os autores e titulares de direitos recebem uma parte equitativa do valor gerado pela utilização das suas obras e outro material protegido.

Segundo a própria União Europeia, seu objetivo com a Nova Diretiva é criar “*copyright rules fit for the digital era*”.

4 DA NOVA DIRETIVA DOS DIREITOS DE AUTOR NO MERCADO DIGITAL DO PARLAMENTO EUROPEU

Aprovada em votação em 26 de março de 2019, a Diretiva (EU) 2019/790, também conhecida como *The Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in*

the Digital Single Market ou **Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos de Autor e Direitos Conexos no Mercado Digital Único**, busca dar uma melhor proteção dos direitos e renda de autores e artistas (proprietários da criação intelectual), em meio aos abusos que ocorrem no meio digital. Sua aprovação significa uma vitória das indústrias de conteúdo e imprensa sobre grandes empresas da internet, que a partir de agora devem se ajustar às novas exigências e alegam estar em um nítido prejuízo. Tratam-se de normas mais rígidas para o uso de material patenteado ou com direitos autorais reconhecidos, seu objetivo é combater a pirataria e a distribuição de conteúdo online que viole os direitos de autor.

Essa rigidez quanto o uso indevido levou a debates online com a hashtag “#saveyourinternet”, e até grandes plataformas, como Youtube e Wikipedia, se pronunciaram quanto o assunto. As empresas afetadas pela diretiva afirmam que essas normas que tornam obrigatória a implementação de tecnologias preventivas, da forma como foram previstas na medida, pode se desdobrar no fim da internet como a conhecemos. As críticas dizem que a medida sufocaria a liberdade e a criatividade na internet.

A Diretiva também foi amplamente criticada por prever a cobrança de uma taxa de licenciamento para sites que reproduzam conteúdos de veículos jornalísticos e por estipular a necessidade de adoção de mecanismos de filtragem chamadas “tecnologias de reconhecimento de conteúdo”. Essas disposições são conteúdo dos artigos 15 e 17 (respectivamente), sem dúvida os mais polêmicos da diretiva. A nova diretiva prioriza acima de tudo a garantia de proteção aos titulares de direito das obras intelectuais, não se preocupando com eventuais limitações técnicas dos serviços ou custo e impacto econômicos da implementação das novas tecnologias.

Na exposição de motivos da Proposta da Diretiva, era afirmado que:

A presente proposta prevê a adoção de medidas com vista a melhorar a posição dos titulares de direitos para negociar e ser remunerados pela exploração do seu conteúdo por serviços em linha que permitem o acesso a conteúdos carregados pelos utilizadores. Uma repartição equitativa do valor é também necessária para assegurar a sustentabilidade do setor das publicações de imprensa. Os editores de imprensa estão a ter dificuldades em conceder licenças sobre as suas publicações em linha e em obter uma parte equitativa do valor que produzem. Tal poderia, em última instância, afetar o acesso dos cidadãos à informação. A presente proposta prevê um novo direito para os editores de imprensa com vista a facilitar o licenciamento em linha das suas publicações, a recuperação do seu investimento e o cumprimento dos seus direitos. Regula igualmente a atual insegurança jurídica no que se refere à possibilidade de todos os editores receberem uma parte da compensação por utilizações de obras ao abrigo de uma exceção. Por último, ao licenciar os seus direitos, os autores e artistas intérpretes ou executantes têm, muitas vezes, uma fraca posição negocial nas relações contratuais. Além disso, a transparência das receitas geradas pela utilização das suas obras ou prestações continua, por vezes, a ser limitada. Tal afeta, em última análise, a remuneração dos autores e artistas intérpretes ou executantes. A presente proposta inclui medidas para melhorar a transparência e o equilíbrio das relações contratuais entre os autores e artistas intérpretes ou executantes e os destinatários a quem cedem os seus direitos. (COMISSÃO EUROPEIA, 2016)

A diretiva faz parte de toda uma agenda política que tem como objetivo uniformizar o comércio eletrônico na Europa. Importante ressaltar que as consequências não serão imediatas pois a diretiva não é uma lei por si só, mas uma diretriz na qual os países na União Europeia, se decidirem recepcioná-la, poderão se basear para adaptarem ou criarem suas próprias legislações para seguir a direção tomada pelo Parlamento.

O projeto de lei foi aprovado pela legislatura após 3 anos de um conturbado processo legislativo com 348 a favor e 274 votos contra, com 36 abstenções. A diretiva entrou em vigor 20 dias depois de sua publicação no jornal oficial da UE; a partir daí, os países membros terão dois anos – portanto, até junho de 2021 - para implementar a diretiva no seu ordenamento e introduzir leis nacionais que estejam de acordo com a diretriz.

5 DOS ARTIGOS POLÊMICOS

A Diretiva conta com um total de 32 artigos. Buscando deixar o texto sucinto e primando pela fluência e objetivo deste artigo, a análise que se segue será sobre os artigos mais polêmicos e controversos. Algumas vezes haverá uma breve menção sobre conteúdos de outros artigos, sem especificamente mencioná-los. Os Artigos 15 e 17, antigos artigos 11 e 13 (respectivamente) - dispostos assim na proposta inicial da diretiva e ainda mencionados dessa forma por alguns, são de longe os mais polêmicos e recheados de críticas.

5.1 Do artigo 15⁴ (Antigo artigo 11)

O artigo 15 - antigo artigo 11 - ganhou o apelido de “imposto do link” no período em que diretiva ainda estava por ser aprovada, pois a proposta previa a cobrança por compartilhamento de links e pequenos resumos de notícias em plataformas comerciais, não deixando claro quais seriam essas plataformas. Dessa forma, a disponibilização de notícias ou links de notícias por plataformas distintas da que produziu o conteúdo só ocorreria com o pagamento de valores aos produtores da matéria. Como consequência, sites “agregadores”, como o “Google Notícias”, poderiam deixar de existir nos países da União Europeia que implementassem a nova Diretiva, visto que não há como arcarem com os custos de pagar a todos os autores de cada matéria que publicam no site.

Na versão final, aprovada pelo Parlamento, o artigo 15 garante aos autores o direito de reprodução e o direito de comunicação de obras ao público, incluindo o direito de colocar à sua disposição outro material, de modo que o direito exclusivo de autorização ou proibição de

⁴ Art. 15: 1. Os Estados-Membros devem conferir aos editores de publicações de imprensa estabelecidos num Estado-Membro os direitos previstos no artigo 2.º e no artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2001/29/CE relativos à utilização em linha das suas publicações de imprensa por prestadores de serviços da sociedade da informação. Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização privada e não comercial de publicações de imprensa por utilizadores individuais. A proteção concedida ao abrigo do primeiro parágrafo não se aplica à utilização de *hyperlinking*. Os direitos previstos no primeiro parágrafo não se aplicam à utilização de termos isolados ou de excertos muito curtos de publicações de imprensa. [...]

reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, pertence aos autores, artistas, produtores e editores. Emendas clarificaram que editores de imprensa terão esse direito por 2 anos (ao invés de 20 anos, como inicialmente proposto), e esse direito conferido só valerá para trabalhos publicados depois que a Diretiva entrou em vigor.

Essa versão não mais se assemelha a um “imposto de links”, a diretiva foi clara ao afirmar que estão excluídos desses direitos o compartilhamento de links (*hyperlinking*) e de “trechos muito curtos” de publicações, portanto as obrigações do artigo não se aplicam a esses casos. O dispositivo deixa em aberto, entretanto, quão curto é “muito curto”, o que certamente provocará discussões mais adiante. Além disso, contanto que não haja fins comerciais, o artigo, desde a proposta da diretiva, nunca proibiu que usuários individuais compartilhassem notícias.

5.2 Do Artigo 17⁵ (Antigo Artigo 13⁶)

O artigo 17 restringe o uso de conteúdo produzido por terceiros, de modo que, empresas como Youtube e Facebook terão que, em segunda instância, assumir a responsabilidade por carregamento e publicação em suas plataformas de conteúdo protegido por direitos de autor. Este é um dos pontos mais controversos do artigo, aprovado com uma pequena margem de 5 votos.

Segundo o dispositivo, as empresas operadoras de serviços da sociedade da informação que armazenam e disponibilizam acesso a grandes quantidades de obras ou materiais, fornecidas pelos próprios usuários, deverão prevenir a disponibilização de conteúdo protegido por direito de autor, a princípio, com a obtenção de licenças com os titulares dos direitos para o uso dessas obras, ou conforme haja notificação pelos titulares, ou por meio da implementação e utilização de tecnologias de filtragem de dados - os “filtros de upload”, que garantam no momento do carregamento da publicação que o conteúdo esteja de acordo com a regulação de direitos autorais.

As plataformas deverão contar com um filtro automatizado de uploads que deverá fazer uma varredura, se em vídeos, frame a frame, de todas as imagens e sons da postagem, a fim de achar qualquer violação, nem que tão simples quanto um quadro, canecas ou qualquer tipo de objeto exposto como cenário. Alguns críticos dessa lei ainda falam desse artigo como a proibição do compartilhamento de memes, paródias, vídeos feitos por usuários que não grandes produtoras (como vídeos reação), gifs e sites de busca de imagens, como o Google Imagens. (ARDUINI, 2018)

⁵ Art. 17: 1. Os Estados-Membros devem prever que os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha realizam um ato de comunicação ao público ou de colocação à disponibilização do público para efeitos da presente diretiva quando oferecem ao público o acesso a obras ou outro material protegido por direitos de autor carregados pelos seus utilizadores. Os prestadores de serviços de partilha de conteúdos em linha devem, por conseguinte, obter uma autorização dos titulares de direitos a que se refere o artigo 3.º, n.º 1 e 2, da Diretiva 2001/29/CE, por exemplo, através da celebração de um acordo de concessão de licenças, a fim de comunicar ao público ou de colocar à disposição do público obras ou outro material protegido. [...]

⁶ O art. 13 ficou conhecido como a “proibição de memes” quando a proposta da diretiva foi lançada, por conta de sua rígida redação, posteriormente foi alterado para art. 17, com mudanças em seu conteúdo.

A verdade é que muitas empresas não teriam como se adaptar a esse novo processo de checagem antecipada devido seu alto custo e difícil logística; vários canais seriam apagados, visto que esta seria uma solução mais simples e que não valeria a pena assumir o risco. Desse modo, o artigo põe em risco a existência de plataformas de compartilhamento de conteúdo – como Youtube, Google Imagens, GitHub, eBay, Twitter, Facebook e Instagram - na Europa, já que tais empresas não conseguiriam se manter se fossem acionadas por cada violação (mesmo que insignificante) de direitos de autor nas milhões de postagens feitas em suas plataformas.

Com o propósito de proteger a criação de conteúdo, a diretiva acaba impedindo a liberdade de criação e expressão. Atualmente, as leis sobre o assunto já são bastante rígidas e o controle do material publicado nessas plataformas é feito de forma rigorosa. No Youtube, há o Content ID, que busca violações de direitos de autor nas publicações e repassa toda a monetização do vídeo para os detentores do direito; além disso, também é possível, e bem fácil, tirar essas postagens violadoras do ar pelo titular do direito usado sem autorização. Outra plataforma que já tem uma tecnologia parecida é o Facebook. Entretanto, não se pode ser ingênuo de pensar que se tratam de leis e programas completamente eficazes, ainda há muito por evoluir, visto que se trata da internet e do mercado digital, área ainda bastante inexplorada. Deve-se buscar por uma proporcionalidade e não ir em direção aos extremos.

É importante destacar que a diretiva prevê hipóteses de exclusão da responsabilidade, se as plataformas comprovarem que envidaram **todos os esforços** para obter uma licença ou autorização, que empregaram os **melhores esforços** para assegurar a indisponibilidade de determinadas obras e se **agiram de acordo com os altos padrões de indústria de diligência profissional**, após receber um aviso suficientemente fundamentado pelos titulares dos direitos, no sentido de bloquear o acesso às obras. Percebe-se, entretanto, que o artigo abarca termos amplos e ambíguos, como o requerimento para demonstrar se as empresas agiram com diligência. Como se mede esse padrão de diligência? Ou então “melhores esforços” (em inglês “*best efforts*”), o que significa essa expressão? Como qualificá-la? Essa amplitude irá resultar em uma insegurança tanto jurídica quanto comercial, que só será sanada quando surgirem casos que instaurem um precedente e concretizem a diretiva.

A diretiva também criou exceções de conteúdo para enciclopédias online e para repositórios científicos e educativos. Além disso, também isenta de responsabilidade as plataformas que tenham, concomitantemente: um faturamento anual inferior a dez milhões de euros, até cinco milhões de visitantes mensais e menos de 3 anos de presença no mercado europeu. Esta é uma tentativa de proteger empresas menores e startups europeias que acabaram de entrar no mercado, que não estarão sujeitas às obrigações do artigo. Ainda assim, essas empresas terão de envidar esforços para impedir que conteúdo protegido por direitos autorais circule sem autorização nas suas plataformas, por meio de um regime mais rápido e simples.

As novas regras fazem com que plataformas online tenham que procurar os autores e seus representantes (e não mais o contrário) para obter licenças que abarquem obras, canções que porventura os usuários queiram utilizar, vídeos e imagens que possam estar protegidas. Além disso, o dispositivo também prevê que os Estados-membros que aderirem a diretiva estabeleçam em seus ordenamentos internos regras que obriguem os provedores de serviço a

fornecer informações atualizadas aos titulares de direito sobre a implementação de tecnologias preventivas e da frequência de utilização de suas obras intelectuais.

Segundo Comunicado de Imprensa do Parlamento Europeu:

Atualmente, as plataformas de internet têm poucos incentivos para estabelecer acordos com autores e artistas porque não são consideradas responsáveis pelos conteúdos carregados pelos utilizadores. Ao prever a responsabilidade das plataformas, a diretiva aumentará a pressão para que estas celebrem acordos de concessão de licenças com os titulares de direitos, que deverão receber uma remuneração adequada pela utilização das suas obras ou outro material protegido.

A diretiva, na versão hoje aprovada, contém disposições específicas que obrigam os Estados-Membros a proteger o livre carregamento e a partilha de obras para efeitos de citação, crítica, análise, caricatura, paródia ou pastiche. Isto garantirá que os memes e os GIFs continuarão a estar disponíveis.

O texto introduz também exceções obrigatórias ao direito de autor para fins de prospecção de textos e dados, de atividades pedagógicas e de difusão em linha do património cultural.

6 DAS REAÇÕES

A grande controvérsia em volta da diretiva europeia reflete uma guerra entre segmentos industriais que se preocupam sobretudo com a rentabilidade de seus modelos de negócios. De um lado há a antiga mídia e a indústria fonográfica – esta até hoje domina um mercado multimilionário que vem se adaptando à internet graças à tecnologia de streaming. Do outro lado, as plataformas da internet, principalmente empresas americanas, que têm um alcance global e crescem cada dia mais. (PINHEIRO; ARAÚJO, 2019)

6.1 DAS CRÍTICAS E REAÇÕES NEGATIVAS

Os mais criticados são certamente os artigos 15 e 17. Sendo este último o que mais levantou debates, visto que prevê a responsabilização de plataformas por todo e qualquer conteúdo que seus usuários façam *upload* e que de alguma forma possa ter violações de direitos autorais.

Críticos afirmam que a grande pressão feita para filtrar o material antes da publicação não se mostra uma resposta razoável ou proporcional à violação online desses direitos. Dizem ainda que o artigo colocaria em grave risco a liberdade de expressão, e até a possibilidade de pessoas compartilharem conteúdo como memes ou paródias, pois os “filtros de *upload*” não têm um controle de supervisão, então não fariam distinção entre utilizações permitidas e a violações de direitos autorais.

Los filtros automatizados han sido criticados por dos razones importantes: su falta de transparencia en la forma en que trabajan y adoptan las decisiones; y los numerosos «falsos positivos» incluidos en sus resultados (especialmente cuando los algoritmos deben navegar por las complejidades de las leyes locales que tienen excepciones de derechos de autor y otros usos legítimos, lo cual es difícil incluso para los especialistas). [...] Aunque de buena fe, la UE ha propuesto un modelo legal que prioriza los derechos de autor sobre los derechos humanos, incluida la libertad de expresión. Además, esta legislación podría tener un impacto en la diversidad de información disponible, diversidad, pluralismo de medios e innovación en servicios y negocios. (AL SUR, 2019).

As próprias expressões deixadas em aberto no artigo já causam problemas. O que caracterizaria os “melhores esforços” de uma empresa? Tags de registro, editores de livros e bancos de dados de fotos seriam suficientes para demonstrar que a empresa tentou de tudo para obter as licenças dos detentores de direito? Além de que, é uma tarefa impossível conseguir todas as licenças para todo e qualquer material que os usuários possam eventualmente publicar, visto que não há como prever todas as variações de conteúdo que pode ser publicado. Os serviços online teriam que sair comprando licenças a esmo, tentando suprir uma demanda impossível de adivinhar. Claro que se pode analisar os conteúdos mais prováveis e criar um banco de licenças, por exemplo, mas ainda assim isso não seria 100% efetivo. É claramente um feito impossível.

Serviços online de compartilhamento de conteúdo e detentores de direitos autorais deveriam cooperar de boa-fé para garantir a proteção desses direitos. Da forma como previsto, o artigo transfere a responsabilidade de vigiar o mau uso para as empresas onde antes tal prerrogativa cabia aos titulares, devendo eles denunciar quando seu trabalho fosse usado de maneira irregular.

O principal argumento utilizado é que a diretiva foi feita a partir de *lobbying* de grandes empresas da mídia offline, que vêm perdendo grandes números de audiência devido à disrupção digital, como uma tentativa de reaver esses números ao afastar a concorrência dos pequenos produtores de conteúdo online. (ARDUINI, 2018).

A eurodeputada Marisa Matias se mostrou cética quanto a afirmação de que com a nova diretiva haveria a garantia à uma remuneração justa para todos os titulares de direito:

Eu quero perguntar ao colega que referiu que não há remuneração justa para os criadores [sem diretiva] que cite a parte da diretiva onde está explícito que haverá remuneração justa para os criadores [...] Porque eu não a encontro. Há censura, mas remuneração justa para os criadores não está em lado nenhum.

Na época em que a diretiva foi proposta, esse artigo levou a reações de muitos acadêmicos, grupos de ativistas, políticos, personalidades da internet (como Tim Berners-Lee – o inventor da Web, e Vint Cerf – um dos criadores da internet), além de vários youtubers e influenciadores digitais de vários países (como Wuant em Portugal e Felipe Neto no Brasil) e inclusive da própria Presidente Executiva da plataforma. Mais de 5 milhões de pessoas assinaram uma carta contra os artigos acima e dezenas de milhares se reuniram na Alemanha, Polônia e Portugal; alguns políticos a favor da diretiva disseram que essa movimentação dos

cidadãos europeus não passava de *bots e trolls* e insistiam que a indignação era impulsionada pela pressão e influência da indústria da internet.

Ainda na época que a nova diretiva estava no meio de seu processo legislativo, Susan Wojcicki, **CEO do Youtube** – uma das maiores plataformas de compartilhamento de vídeos e produção de conteúdo, se pronunciou sobre o assunto em um *blogpost*:

Essa legislação representa uma ameaça tanto para o seu sustento quanto para sua capacidade de compartilhar sua voz com o mundo. E, se implementado como proposto, o Artigo 13 [posteriormente artigo 17] ameaça centenas de milhares de empregos, criadores europeus, empresas, artistas e todos que eles empregam. A proposta poderia forçar plataformas, como o Youtube, a permitir apenas conteúdo de um pequeno número de grandes empresas. Seria muito arriscado para as plataformas hospedar conteúdo de criadores de conteúdo originais menores, porque as plataformas agora seriam diretamente responsáveis. (WOJCICKI, 2018a, tradução ARDUINI, 2018)

Em um segundo post, Wojcicki (2018b) novamente criticou a Diretiva, dizendo que seria impossível para uma plataforma como o Youtube seguir tais regulações. Foi a primeira vez que a CEO afirmou claramente que o Youtube não tem capacidade técnica ou financeira que colocar em prática esse tipo de restrição de *copyright* que a União Europeia está procurando. Embora apoie os objetivos da Diretiva e do artigo em questão, diz que o que é proposto criará consequências não pretendidas que terão impactos tremendos que vão além de perdas financeiras.

Disse ainda que a abordagem do Parlamento é irrealista em muitos casos, pois titulares de direitos autorais costumam discordar sobre quem tem a propriedade de quais direitos. Se os próprios titulares não conseguem concordar, é impossível esperar que as plataformas que hospedam seu conteúdo irão tomar as decisões corretas.

Tome o hit musical global “Despacito” [um dos 15 vídeos mais vistos do youtube de todos os tempos] como exemplo. Esse vídeo contém múltiplos direitos autorais envolvidos, indo desde a gravação do som aos direitos de publicação. Embora o YouTube tenha acordos com múltiplas entidades para licenciar e pagar pelo vídeo, alguns dos titulares de direito permanecem desconhecidos. Essa incerteza significa que nós talvez tenhamos que bloquear vídeos como esse para evitar o risco de responsabilidade do artigo 13 [posteriormente artigo 17]. Multiplique esse risco com a escala do YouTube, onde mais de 400 horas de vídeo são carregadas a cada minuto, e os potenciais riscos de responsabilidade poderiam ser tão grandes que nenhuma empresa poderia suportar tamanho risco financeiro. [...] Residentes da UE correm o risco de serem cortados de vídeos que, somente no mês passado, eles visualizaram mais de 90 bilhões de vezes. Esses vídeos vêm do mundo inteiro, incluindo mais de 35 mil canais europeus, que tratam sobre aulas de idiomas e tutoriais de ciência assim como vídeos de música. (WOJCICKI, 2018B, tradução nossa)

Não obstante, o YouTube já vem fiscalizando o infringimento de direitos autorais ao desenvolver sua tecnologia, como o programa Content ID, criado em 2007 e no qual a empresa já investiu milhões de dólares no seu aprimoramento. Mais de 98% do controle de *copyright* no YouTube é feito automaticamente por meio desse programa e até o final de 2018 já haviam pago a titulares de direito mais de 2,5 bilhões de euros por terceiros que usaram seu conteúdo.

Segundo Wojcicki (2018b), “We believe Content ID provides the best solution for managing rights on a global scale”.

Com a aprovação da Diretiva, o YouTube se recusou a comentar mais a fundo, mas afirmou que irá cooperar com a aplicação da diretiva; disse ainda em comunicado que está determinando seus próximos passos. O plano da plataforma no momento é: analisar e comunicar o impacto da final da Diretiva de Direitos Autorais da União Europeia em todos os parceiros, incluindo criadores, usuários, artistas e editores de cada país; monitorar os planos e cronogramas de implementação de cada país; e continuar trabalhando com a indústria e os detentores de direitos para encontrar um sistema em que plataformas e detentores de direitos colaborem, incluindo a participação no diálogo organizado pela Comissão da União Europeia.

6.2 DOS ELOGIOS E REAÇÕES POSITIVAS

Aqueles que apoiam a diretiva dizem que a legislação é necessária para proteger o justo pagamento para os criadores e que as grandes plataformas online conseguiram se esquivar da responsabilidade por muito tempo. Dizem também que o diploma inclui melhorias significativas para as instituições de patrimônio cultural que facilitarão a digitalização (massiva) de obras fora de circulação comercial, permitirão que as instituições realizem trabalhos de extração de texto e dados em suas coleções e garantirão que cópias digitais de obras em domínio público permanecerão no domínio público.

O sistema anterior era duramente criticado por titulares de direito por resultar em um grande desbalanceamento na receita do setor. No YouTube, a única modalidade de remuneração ofertada aos autores é unilateralmente definida pela própria plataforma e é baseado em critérios de monetização a partir de publicidade veiculada, onde se houver uma violação de direito autoral, há um rateio das verbas de publicidade monetizadas. (PINHEIRO; ARAÚJO, 2019)

Entre os apoiadores estão artistas, editores, jornais e gravadoras - a Warner é em grande parte favorável, enquanto a Universal é a que mais se opõe à versão final, a Sony Music está entre as duas. Helen Smith, CEO da IMPALA, disse:

Seria ingênuo esperar que essa diretiva seja o fim de todo o debate ou litígio em relação aos direitos autorais no mundo online. [...] O quadro geral é que esta é a primeira vez em todo o mundo que as plataformas que oferecem serviços de upload de usuários precisam de uma licença, não podem postar conteúdo não autorizado e estão sob obrigação de mantê-lo fora do acesso, [...] Isso é muito mais do que pedimos de início e é uma peça de legislação que nos impulsionará como setor.

A distribuição de rendimentos do jeito que estava sendo feita pelas plataformas se mostrou extremamente insatisfatória ao longo dos anos. A indústria fonográfica reportou várias e várias vezes um dramático descompasso entre o grande volume de música consumido a partir de plataformas de conteúdo gerado por terceiros e a percepção decorrente de baixa remuneração por aqueles detentores de direitos autorais, fenômeno chamado de “value gap”. (PINHEIRO; ARAÚJO, 2019)

Vários críticos afirmaram que a Diretiva serve somente aos interesses de grandes empresas que administram a exploração econômica de direitos de autor, em prejuízo dos usuários da internet e dos criadores de conteúdo. Entretanto, rebatendo essas críticas, o fato é que o próprio YouTube (empresa subsidiária do Google) representa um segmento industrial milionário, e isso teria passado despercebido. Em termos políticos, o que se afirma é que se viu o domínio de uma narrativa europeia a favor das grandes plataformas norte-americanas e contra uma diretriz que foi criada para proteger os direitos dos autores europeus.

Em resposta às críticas à Diretiva, em 2018, Sofia Colares Alves – representante-chefe da Comissão Europeia em Portugal – se pronunciou em carta aberta aos youtubers, rebatendo os argumentos e direcionando a responsabilidade de cumprir a Diretriz ao YouTube e prometendo que canais e memes não iriam desaparecer.

Caros youtubers, os vossos vídeos não vão ser apagados e a vossa liberdade de expressão não vai ser limitada. O artigo 13º não se dirige a youtubers e não vai afetar os vossos canais. Dirige-se, isso sim, a plataformas como o YouTube, que têm lucrado graças a conteúdos que não cumprem as leis de direitos de autor. [...]

O artigo 13º não vai acabar com a **Internet**. Pelo contrário, vai dar-vos força enquanto criadores de conteúdos. Com o artigo 13º, vão poder dizer ao YouTube como querem que os vossos vídeos sejam utilizados. Assim, youtubers que copiem ou utilizem o vosso trabalho sem a vossa autorização vão deixar de lucrar com esse uso indevido. E, da mesma forma, o Youtube vai deixar de fazer dinheiro com isso. [...]

Os **memes** não vão desaparecer. E ainda bem! Aliás, os memes são protegidos por uma exceção na Diretiva de Direitos de Autor de 2001. Têm sido protegidos pela União Europeia durante os últimos 17 anos e não há ninguém que queira acabar com eles. Pelo contrário, o que propomos é que os memes que sejam denunciados e apagados indevidamente das redes sociais possam ser rapidamente republicados. [...]

O que queremos ver mudar é a forma desenfreada como conteúdos são (ab)usados na Internet para benefício de grandes plataformas. Há youtubers, músicos, jornalistas, humoristas, argumentistas, atores e fotógrafos que merecem ver o seu trabalho reconhecido e devidamente pago. São todos eles – incluindo vocês, youtubers - os beneficiários da nossa proposta. [...]

Viver em liberdade não significa só respeitar os que produzem conteúdos (incluindo os youtubers). Significa também que temos de ser responsáveis e filtrar a informação que nos é apresentada. Esta polémica não tem nada que ver com «censura», nem com o «fim da Internet». Na verdade, só confirma o que já sabemos: uma informação errada, ainda que partilhada 1500 vezes, não passa a ser verdade. (ALVES, 2018, grifos da autora)

Importante mencionar que, apesar do que foi dito na carta sobre a proteção de memes na exceção da Diretiva de 2001, como as diretrizes criadas pelo parlamento europeu dependem da recepção do ordenamento de cada país membro, em alguns deles essa exceção de memes não existe. Por outro lado, isso só evidencia que a eficácia e o impacto das medidas previstas estão necessariamente condicionados à forma como essas normas serão recepcionadas internamente pelos Estados signatários. Em tese, este argumento afastaria os temores, que alguns consideram como infundados, de que a internet como a conhecemos conhecerá o seu fim.

Há ainda elogios para a previsão normativa que dispõe que, nos casos em que a remuneração se torne “desproporcionalmente baixa”, criadores e artistas têm direito de reivindicar uma remuneração adicional apropriada e justa. Há outra norma que prevê que quando um autor ceder seus direitos exclusivamente a uma empresa de música que não lança ou explora sua música, ele pode revogar, no todo ou em parte, a licença de transferência de direitos. Segundo Annabella Coldrick, chefe-executiva do Music Managers Forum (MMF):

Essas disposições podem ser realmente valiosas para artistas e compositores que estejam em contratos obsoletos. [...] Potencialmente, há algumas medidas realmente boas aqui para garantir que as pessoas que fizeram a música, em primeiro lugar, vejam uma parte de todo esse crescimento. Não se trata apenas dos detentores de direitos ganharem mais do YouTube. É garantir que todos o dinheiro seja compartilhado de forma proporcional e justa.

7 DOS POSSÍVEIS IMPACTOS NO BRASIL

Seria o direito autoral verdadeira restrição à liberdade de circulação de produções literárias e artísticas pela internet? A proteção aos direitos autorais e conexos prejudicaria a potencialidade de difusão das informações pelas novas tecnologias? Esse conflito, agora foco dos debates relacionados à Nova Diretiva Europeia, também já foi palco de discussão no Brasil.

No Brasil, a LDA, promulgada há 22 anos, já é considerada defasada por não endereçar diretamente o fenômeno da internet, que, na época, não era nem de longe tão desenvolvido como hoje. As lides jurídicas que envolvem utilização digital de obras intelectuais no Brasil são normalmente resolvidas com expressões abertas com diretrizes básicas e conceitos fundamentais. (PINHEIRO; ARAÚJO, 2019). Atualmente, no Brasil, é seguido o Marco Civil da Internet; durante sua criação, após intensos debates legislativos, acabou optando-se por deixar as questões relativas aos direitos de autor fora desse diploma. Essa decisão, na visão de autoristas, tornava o MCI uma lei “hostil” à criação intelectual dada à responsabilização subjetiva dos provedores prevista na norma.

Segundo o MCI, as plataformas somente são responsabilizadas por danos decorrentes de conteúdo gerado por seus usuários se, após ordem judicial específica, não tomarem providências para tornar indisponível o conteúdo infringente. No entanto, este diploma prevê que a regra acima dependeria de previsão legal específica para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos. Até o momento, tal previsão legal não existe. Assim, a regra básica constante da LDA continua vigente, ou seja, a utilização de qualquer obra protegida por direito autoral prescinde de prévia autorização – seja ela onerosa ou gratuita – de seu autor ou titular da obra. (BRANCHER; FONSECA; 2019). Há, inclusive, no MCI, previsão que dispõe que havendo notificação de usuários denunciando violação, a obrigação do provedor tornar indisponível o conteúdo está condicionado à observância dos limites técnicos do seu serviço.

A grande preocupação com os impactos que a Diretiva Europeia pode ter no Brasil dá-se em questão do clássico fenômeno da globalização – o que acontece em um país (ou continente) reflete em outros. Ainda que o país não seja membro da União Europeia, esse

diploma deve orientar uma grande adaptação de todas as plataformas de compartilhamento de conteúdo ao redor do mundo; portanto, as mudanças realizadas por elas em função da nova lei certamente produzirão impactos aqui.

Inicialmente, os impactos visíveis restringir-se-ão a limitar e bloquear o conteúdo produzido aqui que tem como audiência os habitantes dos países membros da UE e impedir que produtores de conteúdo europeus com audiência no Brasil façam suas postagens. Entretanto, as plataformas de compartilhamento de conteúdo, ao adaptarem seus programas e sistemas à nova Diretiva Europeia, muito provavelmente também aplicarão preventivamente no resto do mundo, o que afeta as publicações e liberdade de expressão no Brasil para brasileiros. Além disso, nada impede que as grandes indústrias televisivas e de imprensa brasileiras possam fazer a mesma pressão sobre o legislativo para a criação de normas mais rígidas; ou que o próprio legislativo se baseie na nova diretiva para alterar as normas de direito autoral brasileiras.

Novas barreiras de entrada na forma de filtros obrigatórios ou esquemas de licenciamento caros só podem fortalecer os atores tradicionais. A longo prazo, a presente diretiva poria em perigo o futuro da diversidade da informação e do pluralismo dos meios de comunicação social, não só na Europa, mas também na América Latina e no Caribe, pois apenas alguns atores – que já estão bem financiados, consolidados ou dominantes – poderão pagar os custos impostos por essas condições. (AL SUR, 2019)

Os filtros de upload são um pré-exame de cada ato de expressão na plataforma, que pode ser coletado, processado e vinculado a determinados usuários para criar perfis. Como apontado pela eurodeputada Julia Reda, devido aos altos custos de desenvolvimento, é provável que os filtros para monitoramento de conteúdo acabem sendo terceirizados para empresas dos EUA, o que consequentemente reforçará sua posição no mercado e facilitará a centralização de informações sobre o comportamento dos utilizadores das plataformas da União Europeia. Se isso for adaptado na América Latina, a preocupação se dá por conta da história da região com o uso de tecnologia de vigilância e pelo fato de que não há garantias legais suficientes para prevenir abusos. (AL SUR, 2019).

Embora o sistema latino-americano de direitos humanos proíba a censura prévia, já que na Internet “o código é a lei”, as decisões tomadas na Europa significarão que os serviços globais começarão a ser projetados de acordo com os marcos legais dominantes. Os filtros serão aplicados em todas as jurisdições como forma preventiva de evitar responsabilidade. [...] Portanto, a censura prévia tornar-se-á a regra, alterando nossa estrutura legal sem a nossa participação. (AL SUR, 2019).

Eventual adequação do quadro normativo brasileiro ao cenário europeu demandaria drástica mudança da postura legislativa adotada pelo Brasil, isso seria indesejável por ensejar insegurança jurídica. Por outro lado, paradoxalmente, não se pode mais admitir que a proteção dos direitos do autor continue sem regulamentação na internet, pois isso também gera insegurança jurídica. É importante que o sistema normativo de direito autoral brasileiro seja modernizado, para que haja normas especificamente pensadas para o mundo digital, visto que hoje em dia, a legislação autoral na internet está sendo o resultado de interpretações do Judiciário, o que resulta em julgamentos controversos.

Ainda que as consequências da implementação da diretiva sejam incertas no contexto europeu, a tendência é que suas normas influenciem debates legislativos no Brasil. De modo que, essa diretiva pode servir de exemplo para a criação de leis semelhantes nacionais, como foi o caso da nossa lei de proteção de dados, baseada na europeia *General data protection regulation* (GDPR).

8 CONCLUSÃO

Os direitos de autor buscam proteger a propriedade das criações intelectuais de seus titulares. De modo a incentivar a produção artística, literária, tecnológica, garantindo a justa remuneração àqueles que investiram tempo e esforço em suas criações que beneficiam a toda a sociedade. Também injeta criatividade no setor, ao promover uma expansão de atividades e criações cada vez mais diversificadas. Trata-se de um fenômeno cíclico, em que todos ganham.

O advento da internet, da tecnologia digital e da disseminação de conteúdo por esses meios têm duas faces: se por um lado facilitam o acesso às mais diferentes obras e aumentam o patrimônio cultural, de modo a também incentivar a criatividade; por outro possibilitam uma alta utilização de material protegido, sem autorização, e dificultam o controle dessa reprodução não autorizada. Como consequência, a remuneração recebida não equivale ao conteúdo que foi consumido e o total ganho por isso.

Decerto que um verdadeiro equilíbrio entre criatividade, direitos autorais e liberdade de expressão ainda está por ser alcançado, como uma tentativa de melhor regular o direito de autor o Parlamento Europeu aprovou uma nova diretiva, cujos artigos polêmicos levantam debates e controvérsias. É nítido que as discussões sofreram influências externas, que vão além do foco dos direitos de autor no contexto da internet, se tornando uma disputa entre a velha mídia e a indústria pontocom.

Apesar do clima ainda de incertezas quanto às suas consequências, está claro que haverá uma mudança no modo como a internet é utilizada hoje em dia, não só na União Europeia, mas também em outros países. Percebe-se a necessidade de adotar um ponto de vista crítico sobre esta Diretiva e estar aberto para ouvir e compreender os dois lados e seus argumentos em torno dessa legislação. Diante dos possíveis impactos que tal diploma causará, há a importância de incentivar a pesquisa aprofundadas acerca dos efeitos e desdobramentos que esta Diretiva pode ter em cada país, sendo sempre necessário ressaltar que, apesar da relevância do direito comparado, há sempre que pensar essas leis no ordenamento interno de cada país e adaptar às suas peculiaridades.

REFERÊNCIAS

ALBA, Isabel Espín. Um desafio para os direitos de autor no Mercado Único Digital: a edição de obras que deixaram de ser comercializadas. UNIO - EU Law Journal. Vol. 4, No. 2, Julho

2018, pp 90-102. Centro de Estudos em Direito da União Europeia Escola de Direito – Universidade do Minho. Braga, 2018.

ALEXANDER, Julia. YouTube CEO calls EU’s proposed copyright regulation financially impossible. The Verge, 2018. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2018/11/12/18087250/youtube-ceo-copyright-directive-article-13-european-union>>. Acesso em 1 mar. 2020.

AL SUR. La directiva europea de derecho de autor y su impacto em los usuários de América Latine y el Caribe: uma perspectiva desde las organizaciones de la sociedad civil. Fundación Karisma, 2019. Disponível em espanhol: <<https://stats.karisma.org.co/la-directiva-europea-de-derecho-de-autor-y-su-impacto-en-los-usuarios-de-america-latina-y-el-caribe-una-perspectiva-desde-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

ALVES, Sofia Colares. Carta Aberta aos youtubers preocupados com o artigo 13º. Comissão Europeia, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/portugal/news/open-letter-to-youtubers-article-13_pt>. Acesso em: 1 mar. 2020.

ARDUINI, Lais. Como as novas diretrizes europeias de direito autoral poderão influenciar na produção de conteúdo online no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://ndmadogados.com.br/artigos/como-novas-diretrizes-europeias-de-direito-autoral-poderao-influenciar-na-producao-de>>. Acesso em 29 fev. 2020.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2ª ed., ver e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 4ª Ed. Rio de Janeiro Forense Universitária, 2005.

BRANCHER, Paulo; FONSECA, Júlio C. R. Direitos Autorais: a diretiva europeia e uma proposta de reforma no Brasil. JOTA, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direitos-autorais-a-diretiva-europeia-e-uma-proposta-de-reforma-no-brasil-25052019>>. Acesso em 1 mar. 2020.

BRASIL. Lei 9.610/98. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=PT>>. Acesso em 3 mar. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019 relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado digital único e que altera as diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. 2019. Disponível em português em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.130.01.0092.01.POR&toc=OJ:L:2019:130:TOC>. Acesso em 28 fev. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Livre Circulação de Pessoas: Propostas de Directivas. Comunicado de Imprensa (IP/95/726), 1995. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_95_726>. Acesso em 03 mar. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos de autor no mercado único digital, COM/2016/0593 final - 2016/0280 (COD). 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0593>> Acesso em: 28 fev. 2020.

MORAES, Rodrigo; MORATO, Antonio Carlos. Breve crônica dos riscos de uma lei criada sob o signo da hostilidade à criação intelectual. In: Fabiano Del Masso; Juliana Abrusio; Marco Aurélio Florêncio Filho. (Org.). Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. , p. 207-232.

OGAWA, Mariana Uyeda. Da temporalidade dos direitos patrimoniais do autor. 2007. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, PUC, São Paulo. 2007.

OWENS, Richard (Oficina Internacional da OMPI). Introdução ao direito de autor, In: HAMMES, Bruno Jorge (Org.). Anais do Seminário Internacional sobre Direito de Autor. São Leopoldo: Unisinos, 1994, p.9-11.

PARILLI, Ricardo Antequera. *El derecho de autor y el derecho a la cultura*. In: *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*. Tomo I. Madrid: Valero y González, S.L., 28-31 octubre 1991, p. 65-78.

PARLAMENTO Europeu aprova diretiva sobre os direitos de autor. Atualidade, Parlamento Europeu, 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20190321IPR32110/parlamento-europeu-aprova-diretiva-sobre-os-direitos-de-autor>>. Acesso em 28 fev. 2020.

PEREIRA, João Pedro; PEQUENINO, Karla. Directiva dos direitos de autor é aprovada numa vitória para as indústrias de conteúdos. Público, 2019. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2019/03/26/tecnologia/noticia/aprovada-nova-diretiva-direitos-autor-uniao-europeia-1866820>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

PINHEIRO, Luciano Andrade; ARAÚJO, Lucas Barbosa. A polêmica em torno do artigo 13 da diretiva europeia sobre direito autoral. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/opinia-polemico-art-13-diretiva-europeia-direito-autoral>>. Acesso em 1 mar. 2020.

SMIRKE, Richard. What the EU’s final copyright contains & what it means for labels, artists & youtube. Billboard, 2019. Disponível em: <<https://www.billboard.com/amp/articles/business/8500626/what-eu-final-copyright-directive-contains-labels-artists-youtube-impact>>. Acesso em 1 mar. 2020.

TEAMYOUTUBE, Camilla. Atualizações sobre o artigo 17 (anteriormente artigo 13). Ajuda do YouTube, 2019. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/thread/18719512?hl=pt-BR>>. Acesso em 27 fev. 2020.

WOJCICKI, Susan. A Final Update on Our Priorities for 2018. Creator Blog, out. 2018. Disponível em: <<https://youtube-creators.googleblog.com/2018/10/a-final-update-on-our-priorities-for.html>>. Acesso em 1 mar. 2020.

WOJCICKI, Susan. The Potential Unintended Consequences of Article 13. Creator Blog, nov. 2018. Disponível em: <<https://youtube-creators.googleblog.com/2018/11/i-support-goals-of-article-13-i-also.html>>. Acesso em 1 mar. 2020.

YIPIRANGA, Acursio B. J. et al. A nova diretiva do parlamento europeu relativa aos direitos de autor: responsabilidade civil na internet, direitos fundamentais e o risco à inovação. PIDCC, Aracaju/Se, Ano VIII, Volume 13 nº 02, p.001 a 016 Jul/2019. Aracajú, 2019. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/01072019i.pdf>>. Acesso em 1 mar. 2020

INTERPRETAÇÕES E CAMINHOS HARMONIZANTES DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Ana Carolina Freitas de Barros Marques**

RESUMO: A presente pesquisa tem como cerne o ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro conforme a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. O tema abordado suscitou o interesse de um estudo mais detalhado por ser objeto de amplas discussões no meio jurídico, uma vez que aborda o papel do Judiciário na efetivação de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo quando isso não é possível por intermédio da atividade do Legislativo. Desta forma, é notório que a temática abordada é alvo de críticas, pois é posta em questão a interferência no princípio da separação dos poderes, sob a alegação de que não é atividade do Judiciário suprir as lacunas ou omissões no ordenamento jurídico. A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, utilizando-se do Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica, além da Constituição Federal, artigos científicos relacionados ao tema e, sobretudo, para uma melhor compreensão no sentido prático, casos concretos sob o prisma do objeto deste estudo. Por fim, não obstante as críticas que o ativismo judicial recebe, acredita-se que os direitos e garantias fundamentais do cidadão devem ser inerentes a todos, sendo legítimo e imprescindível que o Poder Judiciário aja em benefício da população quando esta pleitear seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT: The present research focuses on judicial activism in the Brazilian legal scenario according to the ruling jurisprudence of the Federal Supreme Court. The topic raised the interest of a more detailed study because it is the object of extensive discussions in the legal environment, since it addresses the role of the Judiciary in the realization of fundamental rights and guarantees to the individual when this is not possible through the activity of the Legislature. In this way, it is notorious that the subject addressed is criticized, since interference in the principle of the separation of powers is questioned, on the grounds that it is not an activity of the Judiciary to fill gaps or omissions in the legal system. The methodology used was a bibliographical, normative and jurisprudential research, using Constitutional Law and Legal Hermeneutics, besides the Federal Constitution, scientific articles related to the topic and, mainly, for a better understanding in the practical sense, concrete cases under the prism of the object of this research. Finally, despite the criticism that judicial activism receives, it is believed that the fundamental rights and guarantees of the citizen must be inherent to all, and it is legitimate for the Judiciary to act for the benefit of the population when it claims their rights.

KEYWORDS: Judicial Activism; Separation of Powers; Fundamental Rights and Guarantees.

* Especialista em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Pernambuco (2018). Especialista em Direito Público pela Faculdade ASCES (2015). Bacharela em Direito também pela Faculdade ASCES (2013). Analista de Controle Interno na Controladoria Geral do Município de Caruaru. Advogada. Endereço eletrônico: carolfbm@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O neoconstitucionalismo, a separação dos Poderes e a evolução do ativismo judicial no Brasil; 2.1 Os mecanismos em face das omissões e lacunas do Legislativo e Executivo e a controvérsia da violação ao princípio da Separação dos Poderes; 3. Alguns importantes apontamentos acerca do instituto do ativismo judicial no cenário neoconstitucional brasileiro; 4. Decisões de grande repercussão nacional permeadas pelo ativismo judicial à luz da jurisprudência do STF; 4.1 ADPF nº. 54/DF – Interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico – Relator: Ministro Marco Aurélio; 4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 – União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico – Relator: Ministro Ayres de Britto; 4.3 Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE – Instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) como um dos objetos da ação – Relatora: Ministra Ellen Gracie; 4.4 Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712 – Greve do Servidor Público – Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Eros Grau, respectivamente; 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que na sua elaboração contou com uma expressiva participação popular e ampla discussão no tocante aos direitos sociais, notou-se no Brasil um novo Direito Constitucional e um novo cenário político de redemocratização inserido num período em que o regime ditatorial, que havia perdurado por um longo período, havia sido superado.

Rompendo a barreira do autoritarismo, diante desse novo contexto, é cediço que o Brasil passou a ser um Estado Democrático de Direito, o qual estava sob a égide da ainda recente Constituição Federal, que além de regulamentar a organização do Estado e os caminhos pelos quais a República deveria seguir, também passou a se preocupar, primordialmente, com a efetiva consolidação dos princípios constitucionais, com a democracia e a garantia dos direitos fundamentais para com os cidadãos.

No Texto Constitucional estão dispostos normas, valores e preceitos fundamentais que devem ser respeitados pelos indivíduos, balizados pelos princípios fundamentais positivados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o contexto da transição do regime militar para a redemocratização e demonstrando, principalmente, que o Estado existe para cumprir e salvaguardar estes princípios e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos. É assim que entende Silveira Neto (1991, p. 29):

Em 1789, os constituintes da Revolução Francesa fixaram os princípios da democracia liberal, como meio de evitar a volta do absolutismo monárquico. Os nossos constituintes de 1988 estavam preocupados com o retorno do regime autoritário da Revolução de 1964.

Certamente, por isso mesmo, adotaram a nova técnica, pelo menos entre nós, de colocar os Direitos e Garantias Fundamentais antes da Organização do Estado. O Estado existe, antes de tudo, para realizar, cumprir e resguardar esses direitos.

Ao adotar os direitos e garantias fundamentais como direitos indisponíveis a todos os indivíduos, constata-se que a Constituição não se mostrou apenas como um instrumento formal, mas também assumiu função primordial nos ditames do ordenamento jurídico, com a teoria dos direitos fundamentais consolidada, além da aplicabilidade e eficácia imediata de suas normas. Por este motivo, no período da redemocratização, a Carta Magna passou a ser considerada o pilar do ordenamento jurídico, como um documento normativo de supremacia não somente formal, como também material, com juízo de valor subjetivo e dotado de força normativa.

Além dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário ganhou espaço para concretizar os direitos fundamentais previstos no texto da Constituição, respeitados os limites de sua atuação, de modo a formar o novo Direito Constitucional, que vai se modificando ao longo do tempo e, conseqüentemente, dá margem a novas interpretações, causando mudanças no modo de pensar e agir no direito brasileiro.

Esta interpretação da Constituição Federal é resultado de uma nova hermenêutica constitucional, na qual há decisões judiciais que dão vários sentidos a uma mesma norma. No entanto, não obstante as diversas interpretações que uma única norma seja passível, ressalta-se que deve ser adotada como válida a interpretação que mais se coaduna com os dispositivos do Texto Constitucional, tendo em vista que ele é o pilar do ordenamento jurídico pátrio, não sendo possível que a interpretação seja proveniente da legislação infraconstitucional. (BASTOS, 1987, p. 56).

Compreende-se, portanto, que perante as transformações da sociedade, que ocorrem de forma cada vez mais dinâmica em razão do processo de globalização no momento social da sociedade contemporânea e considerando as modificações ocorridas ao longo dos anos, a hermenêutica jurídica moderna atualmente permite que sejam dadas novas interpretações às normas jurídicas, sem que, de fato, sejam extrapolados os limites impostos constitucionalmente, principalmente quando essas interpretações ocorrem para salvaguardar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Observa-se que a exigência de uma nova interpretação das normas jurídicas é causada por uma omissão legislativa e, em detrimento disso, o Poder Judiciário tem sido acionado para se manifestar sobre determinados assuntos que caberiam originariamente ao Poder Legislativo. Ocorre que, por vezes, as decisões judiciais acabam por ultrapassar os seus deveres impostos pelas normas legais e impõem obrigações aos outros Poderes, o que parte da doutrina considera como interferência indevida que fere o princípio da Separação dos Poderes, a democracia e o Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, o instituto do ativismo judicial sob o prisma das decisões do Supremo Tribunal Federal também é visto por outra parte da doutrina como positivo, pois age como garantidor de direitos, o que possibilita, de forma legítima, mudanças pretendidas pelo clamor social.

Deste modo, o presente estudo propõe uma análise de alguns casos de grande repercussão nacional da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em decisões consideradas ativistas, uma vez que as interpretações da Suprema Corte nessas decisões acabaram por impactar de forma direta nas normas da Constituição Federal, dando margem à compreensão de que o ativismo judicial interfere no modo de interpretar e aplicar o direito.

À vista disso, sem a pretensão de esgotar a temática aqui abordada, tendo por base a análise dessas decisões ativistas da Corte, vislumbra-se, inclusive, explorar brevemente o impacto de suas interpretações sob uma visão empírica, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em criar políticas públicas com o intuito de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo a compreender como o ativismo judicial torna as normas jurídicas mais cristalinas e aperfeiçoa o exercício da democracia.

Para uma compreensão mais ampla da temática aqui discutida, faz-se necessário abordar o contexto neoconstitucional em que o Brasil estava inserido quando da evolução do instituto do ativismo judicial no país, no tocante às questões pertinentes às garantias fundamentais dos cidadãos.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil ainda estava sob a vigência da Constituição de 1967, no regime militar, período este em que a Constituição ainda não detinha tanta força normativa, à vista das várias e polêmicas emendas por meio de atos institucionais e complementares ao Texto Constitucional, aos juízes não era permitido qualquer juízo de valor na aplicação dos princípios e direitos constitucionais. O Judiciário não podia dispor de nenhuma margem de interpretação axiológica, tendo em vista que somente existia a subordinação do fato à norma. Por não haver aplicação direta dos preceitos fundamentais aos casos concretos, destaca-se que eles dependiam de regulamentação pela legislação ordinária.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil, após um longo período inserido num regime militar, finalmente se consagrou como um Estado Democrático de Direito, deixando de ser um Estado autoritário, no qual a democracia, os direitos fundamentais e o fundamento da dignidade da pessoa humana passaram a ser preceitos fundamentais do Estado de Direito, positivados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal de 1988. Tendo por base esses preceitos fundamentais e diante do contexto político em que o país agora estava, diante da ruptura com o regime autoritário, infere-se que o Estado agora teria de voltar-se às questões sociais que possibilitassem a inclusão do indivíduo na sociedade e a partir de então, a legislação foi sendo criada, adaptada e aplicada nesse sentido.

Frisa-se que o Texto Constitucional não se ateve a positivar tão somente as regras que deveriam ser seguidas pelos cidadãos e regular a forma o e sistema de governo. Percebe-se que seus valores também alcançaram a promoção da transição de um regime autoritário para um

Estado Democrático de Direito cujo país acabara de se inserir, garantindo o exercício da democracia social. Nesse sentido, Barroso (2016, p. 18) assevera o seguinte:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Diante desta dogmática legalista, observa-se que havia surgido no estado constitucional o neoconstitucionalismo, no qual os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna foram integrados aos valores da sociedade, pois consoante o entendimento de Mendes (2018, n.p) o Estado Democrático de Direito havia sido “fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna”. Esses princípios passaram a basilar a construção de uma sociedade equânime, fundada no objetivo de ser livre, solidária e justa, sem que haja discriminação de qualquer gênero.

Em relação aos princípios e regras, de acordo com Barroso e Barcellos (2003, p. 34 e ss.), a despeito de na doutrina haver uma diversidade de concepções acerca de seus conceitos dogmáticos, há um consenso de que na Constituição, eles detêm *status* de norma jurídica e integram o Texto Constitucional, sem hierarquia entre si. No caso dos princípios, no tocante à sua aplicabilidade num sentido prático, ainda que não haja hierarquia de um sobre o outro, deve haver uma ponderação relativa ao caso concreto, sendo analisadas as normas jurídicas e as situações fáticas, a fim de haver a melhor solução ao bem-estar dos indivíduos, resguardando seus direitos e garantias fundamentais.

Com a evidente deficiência em atender ao ideal de justiça por parte do direito positivo, diante das omissões em relação à aplicabilidade de uma gama de direitos através de uma ótica pragmática, este novo modelo da Constituição Federal trouxe a valorização dos princípios e direitos fundamentais, que vincula todo o ordenamento jurídico com força normativa e exige uma nova forma para interpretar e aplicar os vários dispositivos da Constituição.

Face à positivação, ampliação e facilitação dos direitos fundamentais na Carta Magna, além da evolução dos princípios constitucionais no direito e da multiplicidade de significados das normas jurídicas, a busca da população pelo Judiciário, a fim de efetivar e assegurar a garantia dos direitos sociais, passou a exigir uma participação mais ampla deste Poder no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, tendo evoluído assim o instituto do ativismo judicial. Nesse diapasão, Mendes (2018, n.p) assevera que em certas ocasiões, as situações fáticas demonstram situações que ainda não existiam quando da elaboração da regra, no entanto, necessitam de regulação e não podem ficar à margem do ordenamento, portanto, a interpretação extensiva deverá abranger estas situações.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos meios constitucionais existentes para oportunizar o exercício do Poder Judiciário quando da necessidade de suprir as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo bem como à discussão no que se refere à violação ao princípio da separação dos poderes.

2.1 Os mecanismos em face das omissões e lacunas do Legislativo e Executivo e a controvérsia da violação ao princípio da Separação dos Poderes

Diante da inércia dos demais Poderes, principalmente no tocante ao Legislativo na criação e promoção de políticas públicas essenciais à dignidade da pessoa humana, o Judiciário acaba tendo uma atuação mais incisiva neste âmbito, suprindo algumas das lacunas existentes, especialmente mediante instrumentos e remédios constitucionais previstos na Constituição Pátria, quais sejam:

- a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), regulamentada pelo art. 103, § 2º, CF/88, e disciplinada pela Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que tem como objeto qualquer omissão do legislador, seja total ou parcial, ou até mesmo o cumprimento incompleto quando do ato de legislar sobre a norma. Destaca-se que STF é o órgão competente para julgar estas ações e atualmente adota o entendimento de que em razão da mora do legislador quanto à omissão, abre-se espaço para que a decisão proferida pela Corte adote providências capazes de sanar a matéria que esteja sendo omissa por prazo determinado ou até quando o legislador editar norma apta a preencher a lacuna (MENDES, 2018); e
- o Mandado de Injunção (MI), previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88 e regulamentado pela Lei nº. 13.300, de 23 de junho de 2016, para que sejam possíveis a efetivação e eficácia dos direitos e garantias fundamentais inviabilizados pelas omissões inconstitucionais (NOVELINO, 2016), garantindo-se, assim, a supremacia da Constituição.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 2º (BRASIL, 1988), preleciona que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e cada um possui funções típicas e atípicas, sendo a Separação dos Poderes um princípio básico para a organização do Estado, o qual figura como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, do Texto Constitucional.

Sobre este princípio constitucional, impende destacar que adveio da teoria iluminista da Separação dos Poderes de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, na qual ele defende que as autoridades devem ser distribuídas a cada poder, sendo eles constituídos por pessoas diferentes, para que fossem autônomos entre si, evitando os abusos do poder real, posto que na sua concepção, somente o poder freia o poder. Portanto, quando um poder se mostra autoritário e comete excessos ultrapassando suas competências, é legítima a intervenção dos demais

poderes contra o despotismo, buscando equilíbrio e harmonia entre eles (MONTESQUIEU, 1996).

Tendo por base o desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, faz-se necessário observar que na função típica, o Poder Legislativo detém o poder legiferante, ou seja, cria e edita as leis do ordenamento jurídico. Na organização administrativa do Estado brasileiro, este papel do Poder Legislativo cabe ao Congresso Nacional (art. 44, da Constituição Federal de 1988), composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal no âmbito da União, já na esfera estadual este Poder compete à Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal, composta pelos deputados estaduais, e aos vereadores da Câmara Municipal na esfera dos municípios.

Ao Poder Executivo cabe a função administrativa, tratar das políticas públicas e exercer a função de governo. No âmbito federal este papel é do Presidente da República, no estadual cabe aos Governadores e no municipal aos Prefeitos, todos escolhidos por eleição direta pelo método eleitoral majoritário.

Já o Poder Judiciário tem como função típica aplicar as referidas leis nos casos concretos. O Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, Eleitorais e Militares, bem como pelos Tribunais e Juízes Estaduais e do Distrito Federal, conforme o art. 92, da Constituição Federal de 1988.

Como função atípica, os Três Poderes exercem as funções uns dos outros sem que seja prejudicado o funcionamento da administração pública, nem extrapolados os limites de cada Poder. Entretanto, é sabido que os Três Poderes exercem suas funções típicas e atípicas, exercendo um controle recíproco entre si, chamado de freios e contrapesos (*checks and balances system*), impedindo o surgimento de instâncias que ofereçam riscos à democracia e aos direitos fundamentais. Esses Poderes devem agir conforme a Constituição, interpretando as normas respeitando os valores previstos nela, portanto, em caso de divergências na interpretação dessas normas, verifica-se que o Poder Judiciário é quem detém a palavra final, tendo em vista sua função típica de julgar. Todavia, não obstante a competência do Judiciário em face dessas circunstâncias, destaca-se que nem sempre qualquer matéria tenha que ser decidida pelo Poder Judiciário, além de que essa primazia não legitima a arrogância judicial (BARROSO, 2009, p. 30)

Com isso, o Princípio da Separação dos Poderes, que impede a interferência de um órgão sobre outro, admite exceção no caso de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, de modo a impedir abusos. Uma vez que ao executar as funções atípicas, os Três Poderes, sendo independentes, são igualmente interligados e equilibrados, e acontece de as funções de um Poder ser introduzido em outro, então, é neste momento em que o ativismo judicial sobrevém. Nestes casos, quando o Judiciário adentra na esfera que não é de sua competência primária, configura-se uma espécie de ativismo judicial sutil. Entretanto, as condutas dos Poderes Públicos estão sujeitas à apreciação do Judiciário, devendo este respeitar os limites impostos

pelas regras constitucionais, porém não se omitindo quando provocado, em razão da natureza dos objetos das ações judiciais. (TEIXEIRA, 2012, p. 51).

No entendimento de Mendes (2018, n.p) “[...] o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”. Logo, havendo violação aos direitos constitucionais, principalmente no contexto aqui inserido, no caso de omissão ou obscuridade legislativa que viole a garantia desses direitos, torna-se possível e constitucional o controle jurisdicional dessas atividades, em estrita observância à defesa dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, destaca-se, principalmente, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que após ter sua função ressignificada ao longo desses anos após a redemocratização, figurou como legislador em diversas questões que foram alvo de controvérsias e amplas discussões em grupos da sociedade, porém não menos importantes às garantias fundamentais inerentes aos indivíduos e à manutenção da democracia social no Brasil, conforme será visto nos tópicos posteriores.

Ademais, destaca-se que o STF tem como função precípua salvaguardar a Constituição Federal, conforme o art. 102, da Constituição Federal de 1988, cuja preocupação era ampliar o acesso da população à sua jurisdição, traduzindo-se em dispositivos como a ampliação do rol taxativo das partes legitimadas à propositura das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade e à facilitação do acesso ao controle difuso, como é o caso da “eliminação dos requisitos de relevância geral como condição especial de admissibilidade do recurso extraordinário” (VERISSIMO, 2008, p. 408).

Apresentadas as ações cabíveis perante às omissões e lacunas dos Poderes Públicos e as argumentações acerca da não violação ao princípio da separação dos poderes, segue-se à análise de importantes considerações a respeito do ativismo judicial.

3 ALGUNS IMPORTANTES APONTAMENTOS ACERCA DO INSTITUTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO NEOCONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ultimamente o ativismo judicial vem se destacando entre os operadores do direito, sendo uma discussão constante no meio acerca da “judicialização da política”, uma vez que sua finalidade é participar intensamente, sob uma ótica empírica, na concretização dos direitos garantidos constitucionalmente, até mesmo podendo interferir no Poder Legislativo e no Poder Executivo, sem que sua atuação extrapole ou abuse dos limites de sua competência, visando à expansão e o alcance das normas constitucionais.

A discussão sobre o ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos por meio de várias fases, que ao longo dos anos foram sendo disseminadas para outros países. A expressão *judicialization of politics*, mais conhecida no Brasil como judicialização da política ou expansão do poder judicial, é um marco nessa discussão, uma vez que para os autores, a judicialização da política está intimamente ligada ao declínio do comunismo no leste da Europa e o fim da

União Soviética, bem como a transformação dos Estados Unidos numa superpotência, sendo o seio dessa judicialização, que se expandiu para outras regiões cuja democracia era recente, inclusive a América Latina (VALLINDER & TATE, 1995).

É importante frisar que não se deve confundir ativismo judicial com judicialização, pois muito embora sejam parecidos e coexistam no contexto moderno, tratam-se de institutos de conceitos e aplicabilidade distintas, tendo em vista que a judicialização da política se limita a cumprir os dispositivos da Constituição Federal em decisões políticas, pois de acordo com a dinâmica da globalização e o progresso da democracia, as normas do Direito também devem acompanhar estas transformações, não sendo conveniente que a justiça fique inerte diante das problemáticas que exsurtem no contexto político-social. No Brasil tem-se como exemplos práticos de judicialização da política de grande repercussão nacional o Mensalão e a Operação Lava Jato.

Já o ativismo judicial tem o condão de interpretar a Constituição de diferentes formas, expandindo o alcance das normas constitucionais por meio do entendimento dos Tribunais, principalmente diante do silêncio do Poder Legislativo, havendo a necessidade de uma tutela jurisdicional para concretizar direitos fundamentais, sem que haja espaço para arbitrariedades, lesão ou ameaça a direitos. Muitas vezes, quando o Poder Legislativo não exerce sua função típica, que é legislar, cabe ao Poder Judiciário, utilizando-se de interpretações complexas, preencher as lacunas deixadas por essa omissão, visto que a lei não contempla o objeto da pretensão. Desta forma, no ativismo, o Judiciário exerce uma função atípica em decorrência da omissão do Poder Legislativo para que os direitos constitucionalmente garantidos à população tenham eficiência e eficácia. Na mesma linha de raciocínio, entende Barroso (2009, p. 21):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Consoante Teixeira (2012, p. 50), tendo em mente que o Brasil está imerso num cenário político-institucional em que a burocracia ainda é muito presente nas relações jurídicas e políticas, além da judicialização das relações sociais, assim como o distanciamento cada vez mais evidente da relação entre Estado e indivíduo, percebe-se que o ativismo judicial positivo contribui de forma significativa para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição pátria. Contudo, afirma-se que o ativismo é utilizado apenas em caráter de exceção, e não menos importante, frisa-se que as decisões proferidas por meio dele devem sempre obedecer à Lei Maior, protegendo o princípio da supremacia da Constituição Federal.

Sendo assim, é certo dizer que o Supremo Tribunal Federal, sendo o guardião da Constituição Federal, é o responsável por aplicar todos os preceitos contidos nesta, obedecer às cláusulas pétreas e todas as normas contidas no Texto Constitucional. À vista disso, é o seu papel exercer o ativismo judicial, o qual visa à garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, fazendo com que o Poder Judiciário participe de forma mais incisiva na sociedade, cumprindo os ditames expressos na Carta Magna, como também aqueles que estão implícitos, declarando inconstitucionais atos normativos do Poder Legislativo e impondo obrigações de fazer ou não fazer ao Poder Público.

Percebe-se que essa atuação do Judiciário, embora seja visando ao benefício do bem-estar da sociedade, frequentemente é alvo de contradições no que concerne à imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, principalmente no tocante à implantação de políticas públicas ou às questões sensíveis a determinados grupos da sociedade – principalmente quando envolvem religiões –, uma vez que tal atribuição é de competência dos membros do Poder Legislativo, que foram eleitos pelo povo e representam a democracia representativa, não sendo conferida a membros do Poder Judiciário. Sobre essa controvérsia, Carvalho Filho (2019, n.p.) entende o seguinte:

No aspecto pragmático, a sociedade aplaude tais decisões, mas, no aspecto jurídico e político, é imperioso, por cautela, que se conheçam os limites dentro dos quais pode legitimar-se essa judicialização, sem ofensa ao axioma constitucional da separação de poderes. Correta, pois, a observação de que o ativismo se configura como um risco social, conforme a extensão que alcance.

Em contrapartida, diante da omissão do Estado ou até mesmo frente à obscuridade legislativa, quando este não efetiva os direitos e prerrogativas garantidos ao cidadão, surge o direito de o indivíduo exigir a prestação desses direitos por meio do Poder Judiciário. Neste diapasão, relevante mostra-se o entendimento de Barroso (2009, p. 30):

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Vale salientar que o instituto do ativismo judicial permeia muitas questões polêmicas e marcantes no cenário jurídico brasileiro, sendo alvo de grandes repercussões midiáticas, e por meio desta atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, muitas decisões importantes foram proferidas por esta Corte. Deste modo, para uma exemplificação mais completa acerca das decisões provenientes do ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro, no próximo tópico desta pesquisa serão exemplificadas algumas das importantes decisões tomadas pelo STF.

4 DECISÕES DE GRANDE REPERCUSSÃO NACIONAL PERMEADAS PELO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como já mencionado anteriormente, a Suprema Corte, ao longo desses anos após a evolução do neoconstitucionalismo no Brasil, já levou ao Plenário diversas questões polêmicas no ordenamento jurídico, assim como na mídia e na sociedade contemporânea, utilizando-se da hermenêutica constitucional moderna, dando novas interpretações às normas contidas na Constituição Federal, visando à consolidação dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Assim, nos subtópicos que seguem, serão demonstradas algumas das questões ativistas que foram objeto de controvérsias e amplas discussões acerca de seu desfecho.

4.1 ADPF nº. 54/DF – Interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico – Relator: Ministro Marco Aurélio

Primeiramente, a título de ilustração sobre a temática aqui abordada, um dos mais significativos exemplos de decisão ativista foi o acórdão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de fetos anencefálicos, restando afastada a configuração do crime de aborto nestes casos específicos, assunto que foi objeto da ADPF nº. 54/DF, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio. Veja-se a ementa:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, DJE de 30-4-2013).

Como sabido, no ordenamento jurídico pátrio o aborto é tipificado como crime nos arts. 124 a 128 do Código Penal. Entretanto, considerando as especificidades das situações fáticas que embasaram o referido acórdão, relevante destacar a importância deste posicionamento da Suprema Corte frente à questão. A decisão envolve assuntos como a dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais, a saúde e, principalmente, direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, não sendo razoável que elas se tornem réis em eventuais ações por crimes de

aborto, como se já não bastasse o estado de sofrimento e fragilidade em que elas se encontram em decorrência de passar por esta situação, que por si só, já é extremamente desgastante.

Considerando que o feto anencefálico não tem potencialidade de vida, mostra-se acertada a decisão ativista que afastou a configuração de crime de aborto nestes casos, pois o acórdão possibilitou às mulheres o direito de agirem de acordo com suas próprias convicções num caso de absoluta inviabilidade de uma vida digna e saudável extrauterina. Traz-se à baila que a interrupção da gravidez, quando da ocorrência de fetos anencefálicos, não é obrigatória, sendo apenas uma decisão facultativa da gestante, devendo sempre ser respeitada a escolha da mulher que optar por prosseguir com a gestação após o diagnóstico.

No mais, ainda sobre a interrupção da gravidez no caso de fatos anencefálicos, destaque-se a ADI nº. 5581/DF juntamente com Arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem como Relatora a Ministra Carmen Lúcia, na qual a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) questiona dispositivos da Lei nº. 13.301/2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, *chikungunya* e *zika*. A Associação se insurge contra omissões do Poder Público em diversas questões, quais sejam: no acesso à informação, nos cuidados de planejamento familiar e nos serviços de saúde, além da omissão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas de saúde estatais para mulheres gestantes infectadas pelo *zika* vírus.

A referida ADPF pretende que seja determinada ao Poder Público a execução de políticas públicas com o objetivo de sanar essas omissões. Além disso, ainda requer a declaração de inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gravidez em relação às mulheres que tiverem sido infectadas pelo *zika* vírus como crime de aborto, tipo penal contido no art. 124 do Código Penal.

Outro requerimento é de que seja julgada constitucional a interrupção nesses casos, “em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de *zika* e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez” (ADI nº. 5581, pp. 14-15), e, conseqüentemente, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante, até o julgamento definitivo.

Ressalta-se, por oportuno, que até o momento da conclusão da presente pesquisa, o processo continua em trâmite e a questão ainda não teve desfecho na Suprema Corte.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 – União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico – Relator: Ministro Ayres de Britto

Outra decisão não menos importante que supriu as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo no ordenamento jurídico pátrio foi o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A nova interpretação foi dada por meio do julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, que teve como Relator o Ministro Ayres de Britto.

Por meio deste acórdão foi possível efetivar a garantia dos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana aos homossexuais, sob o argumento de que ninguém pode ser discriminado em razão de sua orientação sexual, conferindo *status* de entidades familiares às uniões estáveis homoafetivas, restringindo qualquer interpretação discriminatória que impedisse o reconhecimento delas, considerando que devem ser reconhecidas tais como as uniões estáveis heteroafetivas, sem distinção de qualquer natureza.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011).

Dessa maneira, garantindo, por meio da interpretação constitucional, a isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos, além do reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, destaca-se que tal decisão se mostra arrazoada no sentido de efetivar a proteção às liberdades individuais, assegurando aos indivíduos cuja orientação sexual é homoafetiva ou bifetiva direitos que até então lhe foram relegados, principalmente na seara das relações sociais familiares, na esfera previdenciária, bem como em questões burocráticas da vida civil, a exemplo da dependência do(a) companheiro(a) em planos de saúde.

É evidente que o acórdão significou um rompimento de uma barreira enfrentada pela população LGBTQI, pois ainda que as uniões homoafetivas não tenham sido até o momento regulamentadas pela legislação infraconstitucional, elas são uma realidade e, portanto, necessitam de amparo jurídico, pois “infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais e acaba por causar sentimento de rejeição e sofrimentos” (DIAS, 2012, p. 45).

4.3 Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE – Instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) como um dos objetos da ação – Relatora: Ministra Ellen Gracie

Mais uma questão que envolve uma infinidade de decisões ativistas no STF é o direito à saúde, seja no tocante ao fornecimento gratuito por parte do Poder Público de medicamentos indispensáveis à manutenção da vida até a realização de cirurgias para uma melhor qualidade de vida do indivíduo. É o caso deste acórdão que concedeu a instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), a fim de que o paciente tivesse condições de respirar sem depender do auxílio do respirador mecânico:

O Estado do Pernambuco, com fundamento nos arts. 4.º § 5.º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, requer a suspensão da “decisão interlocutória proferida pelo MM. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de

Pernambuco” (fls. 19/21). Diz o requerente que o autor ajuizou ação de indenização por perdas e danos morais e materiais (Processo n.º 001. da 3.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Recife). Objetiva, em sede de tutela antecipada, a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo “custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico, cuja importância perfaz o valor correspondente a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).” (fl. 74). Indeferida a antecipação de tutela, interpôs o autor agravo de instrumento, no qual obteve decisão monocrática que lhe deferiu parcialmente o pedido, para que “o Estado de Pernambuco, incontinenti, pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante.” (fl. 20).

Decisão:

O Tribunal, por maioria, vencida a Presidente, Ministra Gracie (relatora), deu provimento ao recurso de agravo.

Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Menezes Direito. (STA 223 AgR PE, rel. para o ac. min. Celso de Mello, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-4-2008, P, DJE de 18-4-2008).

Na sociedade brasileira contemporânea muito tem se discutido acerca da prestação dos serviços de saúde pública, principalmente em decorrência de sua inefetividade. Como sabido, a prestação do serviço público deve ser realizada de forma contínua, eficiente e atendendo sempre ao interesse público e, tratando da saúde, um direito positivado no art. 196 da Constituição Federal de 1988, deve ser garantido o acesso integral universal, igualitário e gratuito a toda população.

Contudo, o serviço de saúde pública, ainda que seja proveniente de um Sistema Único que atualmente é considerado complexo e abrangente, visto que deve atender às necessidades de atenção básica até o transplante de órgãos, é suscetível a falhas. No contexto atual, é fato que a saúde pública no Brasil apresenta problemas de ordens diversas e a ineficiência na prestação do serviço, em muitos casos, infelizmente ainda tem sido uma situação recorrente nas unidades de saúde pública nas mais variadas regiões do país.

Nesse sentido, a fim de assegurar aos cidadãos um direito inerente à dignidade e à qualidade de vida, é imprescindível salientar que o ativismo judicial é determinante nesses casos, pois “em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. (STF, RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013).

4.4 Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712 – Greve do Servidor Público – Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Eros Grau, respectivamente

Uma questão marcante que concerne à omissão do legislador foi relativa ao direito de greve do servidor público, suscitada nos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, que tiveram como Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; e Ministro Eros Grau, respectivamente.

O art. 37, VII, do Texto Constitucional prevê esta prerrogativa aos servidores, cuja regulamentação deve ser realizada mediante edição de lei específica. Diante da omissão legislativa em relação à questão, os Sindicatos dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) impetraram os mandados de injunção aqui referidos, com o objetivo de que o Poder Judiciário pudesse sanar a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, uma vez que o exercício deste direito está amparado pela Constituição. Veja-se a ementa do acórdão:

SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os elementos operacionais: seguintes i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ

17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. (MI 708, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007, P, DJE de 31-10-2008).

Quando do julgamento do referido Mandado de Injunção, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, constatou que a promulgação da Constituição Federal já havia se dado há mais de 17 anos e até então, o direito de greve assegurado aos servidores públicos no inciso VII não tinha sido regulamentado por lei específica (BRASIL, 2008, pp. 431-432). Assim sendo, consoante o acórdão proferido, verificou-se que o mandado de injunção estava em evolução na Suprema Corte e o entendimento consolidado é de que como já havia uma gama de precedentes no mesmo sentido, o Supremo poderia determinar a edição de medidas visando à garantia dos direitos pleiteados pela parte impetrante até a expedição de norma regulamentadora pelo Poder Legislativo.

Nesse ínterim, face à omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal decidiu em Plenário, pelos votos da maioria, que enquanto não houver edição de norma que regulamente o direito de greve do servidor público, serão aplicáveis as regras previstas para o setor privado contidas na Lei nº. 7.783/1989.

Sobre o desfecho da questão, nota-se que os referidos acórdãos representam um avanço significativo à categoria, levando em consideração a mora do legislador em regulamentar uma prerrogativa constitucional conferida aos servidores públicos, não sendo justo nem razoável que a falta de norma reguladora ao direito de greve inviabilize o seu exercício. (MI 670, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, e MI 712, rel. min. Eros Grau, j. 25-10-2007, P, DJE de 31-10-2008).

Compreende-se que no instituto do ativismo judicial o Poder Judiciário pode – e deve – se manifestar quando couber, garantindo a segurança jurídica dos indivíduos, sem ultrapassar os limites de sua competência e do Texto Constitucional. Uma vez que o STF, como a instância máxima do Judiciário, detém a função de salvaguardar a Constituição, é primordial que ele abra precedentes e não se abstenha quando provocado, sendo, portanto, fomentador o seu ativismo, de modo a tornar a legislação brasileira mais clara e objetiva, com a finalidade de consolidar os direitos e garantias fundamentais, evitando que as lacunas e omissões dos Poderes Executivo e Legislativo violem o princípio da dignidade da pessoa humana e ameacem os direitos sociais intrínsecos a todos os cidadãos.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a presente pesquisa, é imprescindível observar que em razão da omissão total ou parcial do Poder Legislativo em se manifestar acerca de assuntos de sua competência, ou até mesmo em decorrência da mora legislativa quanto à regulamentação de normas jurídicas em que haja obscuridade, é perceptível que o Poder Judiciário, ao desenvolver uma de suas funções atípicas, qual seja, a de “legislar”, ganhou espaço para exercer o papel de concretizar direitos fundamentais previstos no texto da Constituição Federal, de uma forma que se apresenta um novo Direito Constitucional no Brasil, com mudanças no modo de pensar, agir, interpretar e, até mesmo, aplicá-lo.

Com isso, o Poder Judiciário adquiriu mais força e acaba por exercer uma atuação mais incisiva na sociedade, suprindo, de certa forma, algumas das lacunas legislativas existentes. Convém ressaltar que, como demonstrado na pesquisa, diante da deficiência em atender ao ideal de justiça por parte do direito positivo, este novo Direito Constitucional, que vem sendo ressignificado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como pela atuação do Poder Judiciário perante assuntos essenciais à qualidade de vida da população, estimulou a valorização e aplicação dos princípios e direitos fundamentais, os quais vinculam todo o ordenamento jurídico com força normativa e ensejou a interpretação da Constituição de forma mais difusa, respeitando os limites impostos pelos seus princípios e regras.

Em meio a uma participação mais ampla do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, atuando na função de legislador positivo, percebe-se que o ativismo judicial foi evoluindo de maneira a suprir as lacunas, obscuridades legislativas e até mesmo diante da omissão total ou parcial do Poder Público frente à regulamentação e implantação de políticas públicas, sem transgredir ou usurpar o princípio constitucional da separação dos poderes, tendo em vista que o Judiciário se atém ao desempenho regular de sua função jurisdicional, em estrito cumprimento ao princípio da inércia da jurisdição.

Percebe-se que, apesar de ser um tema que já vem sendo discutido há alguns anos no cenário jurídico e político, o ativismo judicial ainda não tem uma definição dogmática muito precisa, e não obstante, vem sendo cada vez mais presente nas discussões jurídicas e legislativas atuais, principalmente em assuntos de grande repercussão nacional, porquanto ele existe tão somente com a finalidade de assegurar e efetivar os direitos e garantias fundamentais expressamente outorgados na Constituição Federal de 1988. Esse fenômeno acaba oportunizando caminhos alternativos para que o Poder Judiciário possa preencher as lacunas deixadas pela omissão do legislador.

É cediço que a atividade precípua do Poder Judiciário é julgar, não sendo sua função principal tornar efetivos direitos sociais fundamentais, já que esta atribuição compete aos Poderes Executivo e Legislativo, por meio da implantação de políticas públicas necessárias ao bem comum. Todavia, por meio do ativismo judicial, compreende-se que é válida e significativa a contribuição do aperfeiçoamento legislativo e da promoção de políticas públicas, pois conquanto esteja atuando como legislador positivo, por certo, está viabilizando a defesa e a garantia de direitos constitucionalmente assegurados, não configurando interferência ilegítima nas atividades dos demais Poderes.

Sem embargo, é notório que alguns dispositivos da Lei Maior se tornaram obsoletos e necessitam da atenção do legislador para adequar as normas à modernidade e à necessidade dos cidadãos. Entretanto, não há óbices de que não é atribuição do Judiciário legislar de modo a preencher todas as lacunas da legislação, até porque esta função é de competência originária do Legislativo, devendo os demais poderes fiscalizarem suas atividades, cabendo ao Judiciário agir quando provocado para resguardar o cumprimento da lei.

Em suma, há de se perceber que é fundamental que o ativismo judicial seja visto como a ampliação da interferência do Poder Judiciário na implantação das políticas públicas, no entanto, é certo que tal ponto acaba sendo alvo de inúmeras controvérsias. Contudo, essa

interferência acaba por possibilitar novas interpretações às normas jurídicas contidas na Constituição Federal, principalmente, visando à garantia das prerrogativas fundamentais aos cidadãos, ainda que o STF tenha passado a atuar em questões políticas, as quais, num primeiro momento, seriam de competência dos demais poderes.

Ademais, destaca-se sobretudo que é uma tarefa complexa para o Judiciário exercer o controle da discricionariedade frente às situações concretas de modo a não transgredir o princípio da separação dos poderes. Ainda assim, embora o ativismo judicial apresente riscos e muitas vezes seja confundido com judicialização da política, entende-se que é constitucional e legítima a intervenção do Poder Judiciário nessas circunstâncias – quando provocado, mais especificamente no tocante à atuação do STF nas situações elencadas no presente estudo.

De um modo geral, é imprescindível que ao atuar como ativista positivo na ótica pragmática, vislumbrando não exceder os limites de suas competências, o Supremo Tribunal Federal deve invocar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, exercendo o equilíbrio proposto pelo sistema dos *checks and balances*, para ajustar a legislação às regras da justiça e declarar o que é (in)constitucional. Essa atuação tem o condão de tornar as normas jurídicas mais hialinas, de maneira a assegurar e efetivar, especialmente, os valores do Estado Democrático, fortalecendo os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de promover os direitos e garantias inerentes à democracia e à justiça social.

Não se mostra oportuno nem conveniente o silêncio do Judiciário diante da omissão de normas regulamentadoras de direitos fundamentais aos indivíduos, pois não é razoável que essa inércia, tendo como escudo o princípio da Separação dos Poderes, comprometa o processo de evolução das gerações futuras nem a construção de uma sociedade cada vez mais justa e equânime, ainda que esse processo de transformação esteja sendo galgado em uma árdua e lenta caminhada, face aos inúmeros retrocessos institucionais e democráticos que permeiam o contexto político-social brasileiro atualmente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, n. 96, p. 53-56, out./dez. 1987.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 out. 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.300, de 25 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jun. 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 6 ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº. 4.277/DF. Relator: Relator: Ministro Ayres de Britto. DJ: 05/05/2011. **STF**, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADI nº. 5581/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. **STF**, tramitação em curso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310227487&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 14/04/2008. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF nº. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012. **STF**, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF nº. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres de Britto. DJ: 05/05/2011. **STF**, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Correia. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº.712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 2, n. 03, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVEIRA NETO, Honório. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 33, p. 29-37, 1991.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global expansion of judicial power: the judicialization of judicial power*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e Ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 407-440, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

O ABANDONO AFETIVO COMO CONSEQUÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL E A MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA APTA À SOLUÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

*Caio Oliveira dos Santos**

RESUMO: A alienação parental trata-se de uma vingança acometida por um cônjuge ao outro, por meio do filho, geralmente em processo de separação, a fim de prejudicar as relações familiares, vindo, na grande maioria das vezes, a ter como consequência o abandono afetivo da criança. Desta feita, por meio do uso do método científico dedutivo, com a pesquisa em bibliografias, jurisprudência, legislação, sobre o assunto, visa-se estudar as consequências que o abandono afetivo e a alienação parental trazem para as relações familiares, como estas afetam a vida da criança, que pode vir a desenvolver a Síndrome de Alienação Parental. Analisa-se também a mediação enquanto técnica consensual de resolução de conflito, os institutos normativos que regulamentam a sua aplicação, bem como sua importância no âmbito do Direito de família, especialmente nos casos envolvendo a alienação parental.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo; Alienação Parental; Direito de Família.

ABSTRACT: Parental alienation is about a revenge afflicted by one spouse to the other, through a child, usually in the process of separation, with an end of prejudice as family relationships, arriving, in most cases, with a consequence or emotional abandonment of the child. Highlights, through the use of the deductive scientific method, with a search in bibliographies, jurisprudence, legislation, on the subject, as we study how the consequences that emotional abandonment and parental alienation bring to family members, how they affect the life of the child. child, who may develop the Parental Alienation Syndrome. Also analyze mediation as a consensual conflict resolution technique, the normative institutes that regulate its application, as well as its importance within the scope of family law, especially in cases involving parental alienation.

KEYWORDS: Affective Abandonment; Parental alienation; Family right.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Família: aportes gerais; 3 Abandono Afetivo; 4 Alienação Parental e sua previsão legal: premissas gerais; 4.1 A Síndrome de Alienação Parental – SAP como consequência do abandono afetivo 5 A mediação familiar como forma de resolução de conflitos; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo pretende-se realizar um estudo acerca do abandono afetivo, que cada vez mais tem sido objeto de deliberação no poder judiciário e muito frequentemente ocorre em

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado (2015). Atualmente, assessor jurídico - Energia Brasil. Pós-graduado Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho pela LFG em parceria com a Universidade Anhanguera (2016-2017) com Carga Horária de 426 horas. Especialista em Ciências Criminais com Carga Horária de 360 horas (2018-2019).

razão da prática da alienação parental, que se mostra extremamente danosa para as relações familiares, sobretudo para o bem-estar psíquico da criança ou adolescente.

A prática da alienação parental consiste no desejo de vingança de um dos genitores em relação ao outro, sendo, a criança, utilizada como instrumento para causar sofrimento ao outro. Entretanto, o maior prejudicado é, sem dúvidas, o filho do casal. Mas como restará demonstrado ao final deste artigo, o rol de possíveis agente não se limita aos cônjuges, havendo uma multiplicidade de pessoas que podem praticar tal conduta.

Por intermédio da utilização do método científico dedutivo, pretende-se analisar as consequências psíquicas para a vida dos envolvidos em tal situação. Uma destas consequências seria a Síndrome da Alienação Parental, terminologia concebida ainda nos anos oitenta, pelo estudioso e psiquiatra Richard Gardner. Trata-se de um distúrbio comum, o qual é possível ser observado por qualquer indivíduo da sociedade, ainda que este não trabalhe com relações familiares, e os conflitos decorrentes desta, nem tenha escutado tal termo anteriormente.

A alienação parental, comumente, passa a ser praticada ou se intensifica depois do divórcio, sendo empregada por um dos genitores em face do outro, desqualificando-o, a fim de que a criança ou adolescente deste se afaste, rompendo, dessa forma, a afetividade existente entre eles.

Considerando que no dia 27 de agosto de 2010 houve a publicação da lei de Alienação Parental, a Lei nº 12.318/2010, com o escopo de resguardar os direitos individuais da criança e do adolescente que, como bem enfatizado, são as principais vítimas desse tipo abuso praticado por seus genitores, pretende-se analisar o conceito de alienação parental à luz da referida lei e verificar quais são as pessoas que podem ser enquadradas como agentes nos casos de alienação parental.

Ademais, o presente artigo abordará em suas seções a definição de abandono afetivo e de alienação parental, bem como suas consequências para as relações familiares e principalmente para a vida das vítimas, as quais podem vir a desenvolver a Síndrome de Alienação Parental.

Além disso, pretende-se verificar ao longo desse artigo qual a correlação existente entre a alienação parental e o abandono afetivo e como a mediação pode auxiliar nos casos envolvendo conflitos resultantes da alienação parental.

2 FAMÍLIA: APORTES GERAIS

Ao longo de todo processo evolutivo da humanidade, diversas modificações aconteceram especialmente no que diz respeito a questões religiosas, sexuais, culturais, profissionais e legislativas, o que refletiu veementemente na concepção do que vem a ser família, haja vista que é um termo concebido segundo as valorações de tempo e espaço.

Na legislação brasileira, a família é uma instituição protegida pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelo Código Civil de 2002. Entretanto, não existe conceituação normativa do que vem a ser família, sendo tarefa da doutrina tal definição. Por conta disso, “a noção de família tem variado através dos tempos, e, numa mesma época, a palavra tem sido usada em acepções diversas” (WALD, 2014, p.65).

Segundo Beviláqua (1986, p.02) o conceito de família seria “o complexo das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência conserva-se na memória dos descendentes”. Entretanto, tal definição, um tanto quanto clássica, caiu em desuso com o passar dos anos.

Outro conceito da instituição familiar que merece ser analisado no presente artigo é o apresentado por Pereira, que o faz à luz de Zannoni:

“Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de ‘relações sociais reconhecidas e, portanto, institucionais’. Dentro deste conceito, a família ‘não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica’. Quem pretende focalizar os aspectos ético-sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme.” (PEREIRA, 2011, p.70)

Tomando os ensinamentos do autor existe uma multiplicidade de fatores que envolvem o conceito de família, razão pela qual é difícil formar um conceito único, até por que conceituar pode resultar na limitação da abrangência do conceito, de modo que uma instituição tão plural não deve ser assim limitada.

Desse modo, ante as inúmeras concepções de família que existem na atualidade, é praticamente impossível apresentar uma única definição como correta, a qual consiga abarcar todas as realidades sociais sem restringi-las. Pode-se observar ainda que é muito persistente, na realidade brasileira, os aspectos morais e religiosos como fortes influências para as concepções familiares e para o Direito de Família.

É imprescindível que tais aspectos sejam superados a fim de que se atribua eficácia às determinações constitucionais sobre o assunto, aumentando a amplitude dos modelos familiares a serem resguardadas pelo Estado. Qualquer tipo de disposição normativa que venha em sentido contrário, restringindo a amplitude do conceito de família vai de encontro a Constituição Federal de 1988 sendo nula de pleno direito.

Farias (2012, p.70) conseguiu apresentar a essência da definição de família moderna, dispondo-a como “grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional”. Certo é que o afeto é o principal elo que deve basear o estudo das famílias. As ligações de amor e afeto são as principais características de qualquer grupo familiar, independentemente de sua estipulação formal.

Dias (2010) afirma que a família contemporânea não se identifica mais pelas núpcias e pela divergência de gênero. A peculiaridade das famílias, atualmente, seria o elo da afetividade que une indivíduos com os mesmos propósitos, comprometendo-se mutuamente. Baseando-se

nisso, independentemente de sua formação, esta deve ser protegida pelo Estado, resguardando a boa vivência de seus componentes (GAMA, 2018).

Essa forma de visualizar a formação familiar é resultado da concepção de família eudemonista, que seria um termo, de origem grega, que quer dizer felicidade. Os adeptos de tal doutrina defendem a ideologia de que a felicidade é a base principal da vida do homem e que a instituição familiar tem por fim a busca desta. Nas palavras de Maria Benenice Dias a família eudemonista “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação dos seus membros” (DIAS, 2016, p. 56).

Segundo Andrade (2018), amigos que convivem em uma mesma casa, dividindo custas, alegrias, tristezas, como se fossem da mesma família, formam uma família pela ideologia eudemonista, visto que essa vivência tem por base o elo afetivo e a comum solidariedade. Para Dias:

“[...] a família contemporânea e seus múltiplos e plurais arranjos ganha, cada vez mais, visibilidade, projeção e reconhecimento, quer do ponto de vista social, quer do ponto de vista judicial e jurídico, sempre à busca do reconhecimento legal. E não há juízo de valores a ser feito, porque estes modelos sempre existiram, mas não estiveram à mostra, por razões de hipocrisia social e moral, no mais das vezes” (DIAS, 2010, p. 42).

De acordo com as lições da autora, os diversos modelos familiares não são uma novidade na sociedade. Ao contrário, elas existem há muito tempo, o que mudou é a forma de enxergar essas relações. O olhar da sociedade é que vem aos poucos se transformando.

Consequentemente o ordenamento jurídico deve avançar no sentido de assegurar a essas relações a proteção que lhe é devida. Isso vem acontecendo aos poucos, mas certamente ainda há muito para ser melhorado, na sociedade, na legislação e na jurisprudência. A autora ainda fala sobre a relação do indivíduo com a família:

“Nos dias de hoje, outra é a família, outros são os valores, outra é a finalidade de se estar junto, num mesmo núcleo familiar. ‘Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade’” (DIAS, 2010, P. 42)

A família assim exerce um papel fundamental na vida do indivíduo e tem como objetivo possibilitar o desenvolvimento pessoal de seus membros. Ela resulta de uma busca comum a todas as pessoas pela tão almejada felicidade. O papel do Estado é justamente proteger a família independentemente do formato que ela possua.

Em outras palavras, independentemente de ser por viés biológico, afetivo, por amizade, as diversas formações familiares são a comprovação de que diversas modificações foram implementadas e a diversidade de moldes existentes fazem jus a uma tutela legal que se adeque a nova realidade social.

Vale dizer, contudo, que não obstante a necessidade de se proteger tais relações, sabe-se que diante da amplitude de concepções de família que existem torna-se, praticamente,

impossível ao legislador constitucional ou infraconstitucional criar um rol taxativo de normas que disponham sobre todas elas, por isso que conceituar família deve ser um exercício cuidadoso, para não se cair no erro de criar limitações ao invés de ampliar sua abrangência, quando na prática a diversidade já existe. A amplitude pressupõe maior abrangência e a extensão da proteção a modelos familiares diversos.

A Constituição Federal em seu art. 226 prevê que a família é a base da sociedade e atribui ao Estado o dever de sua proteção. Assim, é seu dever criar mecanismos de proteção da família também nos casos envolvendo o a alienação parental e o abandono afetivo, ambos institutos analisados à seguir.

3 ABANDONO AFETIVO

Como já mencionado na seção anterior, pode-se compreender a família como sendo um grupo que visa a formação de laços de afetividades, estabelecendo-se na importância do afeto afim de se compreender o homem e mostrar a possibilidade de efeitos jurídicos.

Nesse contexto, os laços afetivos que envolvem as famílias implicam no respeito às especificidades de cada indivíduo que a compoem, respeitando a dignidade de todos e construindo a base das garantias fundamentais garantidas a todos os cidadãos sem exceções. Rizzardo (2015, p.691) explica que:

“Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância, torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos do amor sadio, despreendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna mais fortes os laços de amizade, conduz à tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir.”

O autor enfatiza a importância da afetividade no desenvolvimento do indivíduo, apresentado como um sentimento que repercute no cotidiano, nas relações com os mais próximos, mas com o mundo, ao possibilitar a formação de laços, que por sua vez propiciam um ambiente de maior tolerância.

Portanto, não há dúvidas da importância que o afeto exerce na formação do indivíduo, no bem-estar dos diversos atores que compõem não apenas a família, mas a sociedade como um todo, o que é bastante compreensível diante da previsão constitucional, precisamente em seu artigo 226, de que a família é a base da sociedade (BRASIL, 1988).

Assim, o afeto seria um ato, e não somente um sentimentalismo, não sendo possível o confundir com o amor. Esse sentimento explica-se na interação, no elo que forma entre os indivíduos. Ele se baseia em uma valoração própria do ser humano e apresenta um papel importante na vivência psíquica e emotiva, observando-se nas inúmeras repercussões negativas na personalidade, quando não tiver sido suprido regularmente.

A necessidade de afetividade ao longo da vida não permite o desenvolvimento completo do ser humano, tendo suas realizações básicas e fundamentais limitadas. Como necessidade jurídica, o afeto não pode ser confundido com a verdadeira existência de afetividade, haja vista que pode ser presumido quando não houver o for ínfimo tal sentimento na relação (LÔBO, 2010).

Desse modo, coibir a total realização ou não tornar possível o aumento do afeto implica em ferir o espírito e moral da pessoa, interferindo no seu desenvolvimento ao ponto de impedir que isto ocorra de forma plena e satisfatória. Desse modo, o que torna característico o abandono afetivo não seria a ausência de amor, mas sim a ausência de convivência. Em tal instituto, existe a lesão a um direito alheio, pela falta de observância a necessidade normativa de convivência. (TATURCE, 2017)

Os autores Farias e Rosenvald (2011, p.150), afirmam que: “a afetividade tem a característica de espontaneidade e é elemento intrínseco às relações familiares, ou seja, é oferecida quando a pessoa possui o sentimento no coração, e não pode ser ofertado quando inexistente.”

Nessa monta, os autores estão afirmando se tratar de um fato que não dá respaldo a uma exigência jurídica, tendo em vista que o afeto deve ser um sentimento voluntário, sob pena de colocar em conta a sua essência espontânea, ou seja, obrigar que uma pessoa dê o seu afeto a outra interfere da espontaneidade.

Contudo, apesar de não se poder exigir que alguém ame ou mantenha uma relação afetiva, em certos casos, o abandono ultrapassa a falta de interesse e, efetivamente, provoca danos no direito da personalidade, com situações humilhantes e discriminatórias. Nesses casos a jurisprudência já se pronunciou no sentido de ser cabível a responsabilização em decorrência do abandono afetivo, gerando assim o direito à indenização.

Exemplo disso é o Recurso Especial nº 1.159.242-SP (STJ, 2012) que responsabilizou civilmente um pai, condenando-o ao pagamento de duzentos mil reais à filha pelo abandono afetivo. O referido julgado, realizado em 24 de abril de 2012, teve como relatora a Ministra Nancy Andrichi, que afirmou ser possível a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, não obstante seja um instituto pertencente ao Direito das Obrigações. Segue trecho do acórdão:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

[...]

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico (STJ. REsp. nº 1.159.242/SP. Rel. Min. Nancy Andrichi. J. 24/04/2012 DJe. 10/05/2012)”

Percebe-se, no transcrito julgado, que a responsabilidade não decorre apenas da omissão no que diz respeito à manutenção do filho, mas o acórdão fala em dever de criação e companhia, além de citar o dano psicológico. Entende-se assim, que é cabível a responsabilização civil em razão do abandono afetivo.

Pretende-se estabelecer até o final deste artigo a correlação entre o abandono afetivo e a alienação parental, uma vez que se acredita que muitos casos de abandono afetivo são resultado da prática da alienação parental. Por isso, é de grande importância realizar tal análise no âmbito da discussão em torno da alienação parental.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA PREVISÃO LEGAL: PREMISSAS GERAIS

A terminologia alienação parental fora, à princípio, conceituada e inventada nos Estados Unidos pelo psiquiatra Richard Gardner, no ano de 1985 é conceituada por Trindade:

“A alienação parental se configura por meio da prática de um conjunto de atos pelos quais um genitor transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos daquele filho com o outro genitor, mas sem que existam motivos reais que justifiquem essa conduta” (TRINDADE, 2010, p. 22-23)

Assim, a alienação trata-se de situações em que um dos pais de um menor o treina a fim de que este rompa elo afetivo com o outro genitor, estabelecendo consistentes emoções, como ansiedade e pavor em relação ao genitor. Dias (*apud* TARTUCE, 2017, p. 299) diz que a alienação parental seria programar o filho para odiar um de seus pais sem qualquer tipo de motivo. Quando a síndrome se estabelece, o próprio menor ajuda a desmoralizar e desrespeitar seu genitor alienado.

Desse modo, a alienação parental se consubstancia na desconstituição da imagem parental, praticada por um dos pais em relação ao outro por meio da criança ou adolescente, de maneira a tirar a moral, a qualificação, o afeto, respeito do outro, possuindo uma motivação vingativa.

Uma vez que o vínculo entre um dos genitores e a criança ou adolescente é destruído, o distanciamento entre ambos só tende a aumentar, fazendo com que muitos pais deixem de procurar os filhos com frequência. Acerca da quebra do vínculo entre pai e filho Silva (2013) esclarece que “a interferência de um dos genitores na manutenção do sentimento de rejeição, de abandono etc., pode ser crucial para o enfraquecimento desse vínculo, que é indispensável para a vida do sujeito”.

Segundo Venosa (2011), a alienação parental deve ser enxergada como uma doença, pois em diversas ocasiões o alienador não detém consciência das ações maléficas praticadas. Seu intuito é maior do que acabar com a imagem do outro genitor em relação aos filhos.

No dia vinte e sete de agosto, de 2010, foi publicada a Lei de Alienação Parental, visando dar mais poder aos magistrados, com o fim de resguardar os direitos da criança e do adolescente vítimas de tal alienação. No mais, a própria Carta da República de 1988, em seu artigo 227, afirma que a criança possui o direito de conviver em uma família harmônica, comunitária, sem ser objeto de qualquer infame, negligência, opressão (BRASIL, 1988).

Segundo a Lei nº 12.318/2010, Lei de Alienação Parental, em seu segundo artigo, a definição de alienação parental seria:

“Art. 2. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

Em que pese alguns conceitos apresentados fazerem referência a interferência de um dos pais de modo a minar o relacionamento do filho com o outro genitor, o dispositivo legal acima mencionado deixa claro que há outros possíveis agentes, como avós ou qualquer outra pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua guarda ou vigilância. Acerca da conceituação legal em comento, Perez afirma que:

“De início, a lei pretendeu definir juridicamente a alienação parental, não apenas para afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe, mas também para induzir exame aprofundado em hipóteses dessa natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno. É relevante que o ordenamento jurídico incorpore a expressão alienação parental, reconheça e iniba claramente tal modalidade de abuso, que, em determinados casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entre excelsas. O texto da lei, nesse ponto, inspira-se em elementos dados pela Psicologia, mas cria instrumento com disciplina própria, destinado a viabilizar atuação ágil e segura do Estado em casos de abuso assim definidos.” (PEREZ, 2010, p.64)

O autor explica que a opção do legislador pela conceituação apresentada no artigo 2º da Lei de Alienação Parental não foi feita com a intenção de coibir interpretação por parte do aplicador do direito, mas de fomentar a análise das situações e das hipóteses trazidas de modo a possibilitar maior segurança para a caracterização do fenômeno. O autor também pontua a respeito dos possíveis autores da alienação parental segundo o dispositivo legal em análise:

“Observou-se a cautela de não restringir a autoria de atos de alienação parental a genitores, mas a qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Tal cautela tem por objetivo impedir que a intermediação de terceiros afaste, ou seja, adotada para mascarar a constatação de atos de alienação parental.” (PEREZ, 2010, p.65)

Ele destaca o cuidado do legislador em não criar restrições à autoria do fato ao permitir que qualquer pessoa que detenha a guarda da criança ou adolescente ou tenha ela sob sua vigilância possa ser responsabilizada pela sua prática. Ainda, no que diz respeito a diversidade de agentes na alienação parental, Dias explica que:

“Assim, pode incidir em qualquer um dos genitores e, num sentido mais amplo, pode ser identificado até mesmo em outros cuidadores. Pode ser levado a efeito frente aos avós, tios ou padrinhos e até entre irmãos. Muitas vezes ocorre quando ainda o casal vive sob o mesmo teto. Certas condutas, ainda que teoricamente protegidas sob o manto da licitude e das —boas intenções, podem ocultar verdadeiros indícios de tentativa de denegrir a imagem de um dos genitores ou membros de sua família.” (DIAS, 2016, p.539)

Segundo a autora, a alienação parental pode possuir uma multiplicidade de possíveis agentes, não se limitando aos genitores. Mesmo irmãos podem praticar a alienação parental e padrinhos, que pode ou não possuir vínculo biológico com a criança. O entendimento de Dias corrobora com aquele trazido pela Lei de Alienação Parental apresentado acima. Destaca também o fato de que a alienação parental não pressupõe a dissolução da sociedade conjugal, já que pode ser praticada ainda quando os cônjuges residem sob o mesmo teto.

Fato é que a alienação parental é prática extremamente danosa, consistindo em uma maneira de se abusar emocionalmente de uma criança e, não sendo observado a tempo, pode vir a causar consequências a esta por toda sua vida, como a rejeição, culpa, bem como, uma amargura e, comumente, só é suprida quando o menor vem a auferir uma certa independência em relação ao alienador.

4.1 A Síndrome de Alienação Parental- SAP como consequência do abandono afetivo

Ante a crescente quantidade de divórcios ocorridos no país, observou-se o surgimento de um fenômeno caracterizado pela falta de cuidado, por parte dos genitores, da proteção de crianças e adolescentes. Tal situação denomina-se de Síndrome de Alienação Parental – SAP, a qual um dos pais, o guardião do menor, utiliza a criança como meio de promoção de vingança e compensação pela perda do cônjuge. Atesta Maria Berenice Dias (2013, p.473):

“Muitas das vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, desmoralização, de descrédito do ex parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.”

Este transtorno psicológico caracteriza-se como um meio pelo qual o cônjuge, ou responsável detentor da guarda do menor, utiliza-se para implementar falsas memórias, envolvendo o não guardião ou um ente familiar, visando obstruir o vínculo afetivo entre as partes, dificultando gradativamente a convivência entre eles e ocasionando danos, na maioria das vezes, irreversíveis na relação entre os envolvidos.

Em outras palavras, a alienação parental é um conjunto de sintomas que sucede à transformação da consciência do menor, de forma que ele mesmo, influenciado pelo seu guardião, passa a tomar como verdade o que lhe é relatado. Assim, esse distúrbio psíquico tem como objetivo principal a distorção da imagem do genitor alienado na criança, de modo que a

própria criança, acreditando no que lhe é dito, distancia-se voluntariamente do seu genitor (ARAÚJO, 2010). Vale a reprodução da definição dada por Maria Berenice Dias (2013, p.45):

“A Síndrome de Alienação Parental é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição.”

Quando se comprova a prática da alienação, resta caracterizado o exercício abusivo do direito de guarda, onde o genitor guardião utiliza-se da relação de confiança adquirida com a convivência diária para rechaçar a figura do não guardião, propiciando um distanciamento das partes e, conseqüentemente, o abandono afetivo não voluntário, por privação de convivência. Nas palavras de Giselda Hironaka (2010, p.35):

“Pode acontecer de se configurarem hipóteses de abandono afetivo determinado ou desencadeado pela atuação do genitor-guardião que, muitas vezes, confundindo os papéis paternos com os conjugais, acaba por afastar o genitor não-guardião do convívio com os filhos. Assim, isto pode se dar, por exemplo, nas hipóteses em que o genitor guardião projeta o sofrimento vivido em função da quebra da conjugalidade à relação parental, imaginando que o seu ex-companheiro será mau pai exatamente por ter sido um mau convivente ou um mau cônjuge.”

A autora relata a possibilidade da prática da alienação parental nos casos em que um dos genitores possui a guarda da criança, podendo se utilizar da facilidade que a unilateralidade lhe proporciona para praticar a conduta e assim afastar o outro genitor do convívio com os filhos.

Contudo, como restou demonstrado, a alienação parental não necessariamente pressupõe a unilateralidade da guarda. Ela pode ocorrer em diversos contextos, inclusive na guarda compartilhada, nas quais ambos os genitores compartilharão a guarda da criança, o que envolve convivência e o poder de tomar decisões sobre a vida da criança ou adolescentes sendo igualmente compartilhado.

Por ser a Síndrome da Alienação Parental uma forma de abuso do poder familiar e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança, criou-se a Lei nº 12.318/2011, para que tal conduta fosse reprimida. Ela tipifica a alienação parental, enumerando as condutas nela abrangidas e as sanções legais previstas. A pretensão dessa promulgação era justamente inserir o tema no âmbito jurídico, para que os operadores do direito pudessem aplica-la de forma mais segura e profunda no caso concreto, evitando danos maiores à criança alienada.

Dito isto, observa-se, por óbvio, ser a alienação parental fator determinante para muitos casos de abandono afetivo, onde o genitor alienado, buscando cessar os conflitos e as cenas vexatórias diante dos filhos, afasta-se do seio familiar. Não cabe aqui uma justificativa para tal atitude, mas sim uma abordagem do problema por outra ótica, onde o abandono afetivo ocorre por intervenção de terceiros, não por vontade própria do genitor. Há, portanto, uma correlação

entre a alienação parental e o abandono afetivo, já que ambos abordam a mesma questão: o direito e o dever da convivência familiar.

A luta contra a alienação parental e o abandono afetivo se comunicam, ainda, no fato de que ambos os genitores têm o dever de cuidado, atenção, educação e afeto com a criança e/ou o adolescente em formação, deveres esses atribuídos constitucionalmente. Porém, ao nos depararmos com casos de abandono afetivo oriundos da alienação parental, estamos diante do descumprimento das obrigações parentais por parte de ambos os genitores, que como pais, devem garantir o desenvolvimento saudável e harmonioso do menor.

Percebe-se, portanto, que os institutos da alienação parental e do abandono afetivo, intrinsecamente ligados ao dever de cuidado, são males sociais resultantes das atuais relações familiares. O papel do judiciário, nesses casos, passa a ser fundamental para a gestão das pessoas vulneráveis envolvidas, de modo que sejam a elas garantido a proteção e o amparo do poder público em situações lesivas ao seu desenvolvimento e saúde psíquica.

5 A MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Emenda Constitucional 45 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro o direito à razoável duração do processo. Logo em seguida o Conselho Nacional de Justiça edita a Resolução 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Com isso inicia-se a migração da jurisdição brasileira para um formato de justiça, em tese, mais acessível.

Mais tarde, em 2015, com o advento da Lei nº 13.140, Lei da Mediação, que é considerada um marco legal da mediação no Brasil e com a edição do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, estabelecem-se alterações no modelo contencioso de justiça instaurado para um mais autocompositivo, consensual, fortalecido pela promoção do diálogo, da pacificação social (RODRIGUES, 2018, p. 91).

Esse modelo é denominado Sistema Multiportas, que coloca a disposição dos jurisdicionados outras possibilidades de solução de conflitos, que são mais adequadas em determinadas situações. Essas possibilidades se diferenciam por possibilitar uma participação mais efetivas das partes envolvidas no litígio, de modo que elas possam se envolver de forma direta na construção da solução do problema e assim podem produzir um resultado mais satisfatório para ambas as partes.

Em outras palavras, esse Sistema Multiportas ou meios de solução consensual de conflitos possibilitam a construção de soluções mais adequadas e satisfatórias, podendo ainda reduzir o número de processos no Poder Judiciário, resultando numa melhor e mais célere prestação jurisdicional.

Durante muito tempo, o litígio foi o paradigma da sociedade brasileira (NETO *apud* RODRIGUES, 2018, p. 93). Com os meios consensuais de resolução e conflito, quebra-se esse paradigma e começa uma transformação social onde o diálogo para a ver mais valorizado. De

fato isso é ainda um processo a ser intensificado, mas o Poder Legislativo e Judiciário brasileiro já dá os primeiros passos nesse caminho. O primeiro com a criação de leis que possibilitem essa forma de resolução de conflitos como a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil e o Judiciário por implementar diversas ações no sentido de operacionalizar o sistema multiportas.

Acerca do conceito de mediação, esta decorre do vocábulo mediar, que significa estar no meio, distar igualmente¹ Nesse contexto, o mediador é alguém que se coloca entre as partes envolvidas no litígio e com o objetivo de proporcionar o diálogo entre elas e assim alcançar o entendimento e a solução da controvérsia. Sobre o conceito de mediação, apresenta-se a lição de Cahali:

“A mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito.” (CAHALI, 2012, p. 57)

Percebe-se que o autor fala em retomada de diálogo entre as partes. Isso por que a mediação pressupõe a atuação em litígio onde já existe uma relação mais estreita entre as partes envolvidas no litígio. Por isso, é indicada sua utilização nos litígios envolvendo o Direito de Família.

Ante o exposto, para solução de diversos conflitos, entre eles a Alienação Parental, vê-se como um dos mais relevantes caminhos a adoção da mediação. Pois, em que pese o artigo 9º da Lei de Alienação Parental tenha sido revogado, a mediação é um instrumento de grande eficácia para combater as atitudes de alienação, pois as divergências seriam solucionadas de forma mais rápida, visando, principalmente, preservar os direitos do menor.

Com o crescimento desenfreado dos litígios de separação e das novas modalidades de família, a adoção da mediação é de suma importância, principalmente com o fim do vínculo matrimonial, pois é nesse instante que os genitores acabam por deixar os filhos de lado e acabam olhando apenas para seus próprios problemas, o que acaba sendo um cenário propício para o implemento da Alienação Parental.

Além disso, Venosa (2011) afirmou que a alienação parental deve ser compreendida como uma doença, tendo em vista que o alienador muitas vezes não tem consciência das ações maléficas praticadas. Seu intuito é maior do que acabar com a imagem do outro genitor em relação aos filhos e existe uma série de questões envolvidas que devem ser analisadas. Não se pretende com isso minimizar a gravidade da conduta, principalmente tendo em vista o melhor interesse da criança, o que se deseja é destacar que muitas vezes a mediação é a melhor solução para solucionar o problema, possibilitando o diálogo, demonstrando para aos pais a gravidade da conduta e os danos que podem resultar para a criança e permitindo que as partes possam chegar a um entendimento.

¹ Dicionário *on line* de português. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/mediar/>. Acesso em: 21/06/2020.

6 CONCLUSÃO

O direito de família está fundamentado em diversos princípios que o torna mais humano e sensível às necessidades da sociedade, consagrando-se valores sociais fundamentais. Dentre eles, pode-se citar o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos; princípio da paternidade responsável e planejamento familiar; princípio da solidariedade familiar; princípio da comunhão plena de vida; princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar; princípio da afetividade.

O princípio da afetividade se apresenta como o princípio que fundamenta o direito de família, trazendo consigo os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Apesar da discussão doutrinária, já se consolidou o entendimento de que o afeto possui caráter jurídico.

A ausência de afeto configura no abandono afetivo, que se caracteriza como o distanciamento ou a própria ausência afetiva dos entes parentais, ainda que estes estejam em dia com suas obrigações materiais e financeiras. Os efeitos oriundos do abandono são incalculáveis, trazendo danos irreversíveis aos filhos.

Um dos caminhos para o abandono afetivo da vítima e seria a alienação parental, a qual é praticada por um dos pais em relação ao outro por meio da criança ou adolescente, de maneira a tirar a moral, a qualificação, o afeto, respeito do outro, possuindo uma motivação vingativa.

Já um dos danos ocasionado pelo abandono afetivo cumulado com a alienação parental, seria a SAP, Síndrome de Alienação Parental, uma espécie de distúrbio, que surge, principalmente, nas disputas por guarda e custódia de menores, os quais, no meio de tantas brigas, sentem na pele o abandono afetivo, por meio da ausência de afeto e carinho por parte de seus genitores.

Ademais, averiguou-se que, diante da complexidade da matéria, o legislador brasileiro editou a Lei 12.318/10, a qual tipificou a Alienação Parental, bem como delimitou como se daria o ajuizamento e processamento das ações judiciais que têm por objeto a declaração da Alienação Parental.

A referida Lei reconheceu que o judiciário não seria capaz de identificar sozinho a ocorrência dos atos de alienação parental, pois tendo em vista os diversos meandros que envolvem a sua prática, faz-se necessária a realização de uma análise mais detalhada por profissionais habilitados e capacitados para tanto, razão pela qual o legislador dispôs acerca da necessidade de realização de perícia multidisciplinar nesses casos.

Diante da relação pré-existente entre as partes envolvidas e o vínculo que permeia a relação entre pais e filhos, a mediação se mostra como um instrumento viável na construção de um diálogo entre as partes no sentido delas juntas encontrarem a melhor solução para o conflito estabelecido. A possibilidade do uso de mediação familiar é um caminho eficaz para se combater as ações de alienação parental, pois os litígios já seriam resolvidos de forma mais rápida, preservando, acima de tudo, os direitos e saúde da criança e adolescente.

Nas objeções familiares, o uso da mediação mostra-se como uma forma que, melhor resguarda os interesses das pessoas envolvidas, porque se atenta a subjetividade e a individualidade de cada um, promovendo de forma efetiva a paz social, pelo respeito aos direitos dos cidadãos.

Além disso, a mediação pode induzir a auto reflexão e conscientizar as partes do problema existente, oferecendo-lhes um espaço onde esse problema pode ser solucionado com diálogo e compreensão, sendo elas próprias a decidirem de que maneira será solucionado o litígio. A mediação, no âmbito do Direito de Família, possui um papel fundamental na construção da pacificação social, sobretudo considerando a importância da família enquanto instituição base da sociedade.

Conquanto, dada a riqueza de informações e estudos acerca do tema abordado, conclui-se que o presente trabalho não esgotou todas as fontes existentes sobre o assunto. Não obstante, não foi possível discutir de forma aprofundada diversos temas, no entanto, o objetivo é provocar a reflexão sobre um tema tão relevante, dando ao leitor a dimensão da importância em se conhecer a problemática e instiga-lo a continuar pesquisando sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. São Paulo, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da família**. Recife: Ramiro M. Costa e C.A. Editores, 1896.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em: 22/06/2020.

BRASIL **Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/12318.htm> acesso em: 22/06/2020.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORREIA Eveline de Castro. **Análise dos Meios Punitivos da Nova Lei de Alienação Parental**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/713>. Acesso em 10/01/2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 70. 17 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/08 - família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** 2002, tradução de Rita Rafaeli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 10/01/2020

GARCIA, José Diogo Leite Garcia. **Guarda Compartilhada.** Bauru, SP: EDIPRO, 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

MARQUES, Suzana Oliveira. **Princípios do Direito de Família e Guarda dos Filhos.** Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

OLIVEIRA, Simone Costa Saletti. Guarda Compartilhada. **Revista IOB de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 49, ago/set. 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREZ, Elizio Luiz. **Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental.** In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GONÇALVES, Jéssica; LAHOZ, Maria Alice Trentini. **Mediação na Resolução CNJ 125/201 e na Lei 13.105/2015 (NCPC): uma análise crítica.**

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental.** O que é isso? São Paulo: Autores Associados Ltda.

SILVA, Denise Maria Peressini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro.** A interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

SILVA, Vanusa Santos da. **Separação: uma Criança Vítima da Alienação Parental.** Publicado em: <<https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/separacao-uma-crianca-vitima-da-alienacao-parental>> mar/2020. Disponível em: acesso em: 22/06/2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP.** Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em 10 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 21/06/2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de Família**. 12. ed. rev., atual. e ampl. v .5. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da Alienação Parental (SAP)**. In: Maria Berenice Dias (Coord.). *Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Larissa A. Tavares; BOTTA, Ricardo Alexandre Aneas. **O Efeito Devastador da Alienação Parental: e suas Sequelas Psicológicas sobre o Infante e Genitor Alienado**. Disponível em: https://psicologado.com/atuacao/psicologia_juridica/o-efeito-devastador-da-alienacao-parental-e-suas-sequelaspsicologicas-sobre-o-infante-e-genitor-alienado. Acesso em: 10/01/2020

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

É HORA DE QUEBRAR A ESCAVADEIRA? O “DIREITO AO ESQUECIMENTO” DE DADOS PESSOAIS EM PROCESSOS JUDICIAIS COM A FINALIDADE ESGOTADA

*Caio Pryl Ocke**

*Larissa da Silva Santos***

RESUMO: O presente artigo busca examinar a situação dos dados pessoais postos em processos judiciais com a finalidade esgotada em face do direito ao esquecimento – derivado natural do direito à privacidade – e a promulgação da lei geral de proteção de dados no Brasil. Para isso, faz um apanhado da posição dos tribunais no contexto anterior a lei, para depois analisá-lo sobre os novos dispositivos legais, e, ao final, refletir sobre caminhos futuros para sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento; Lei de proteção de dados; Privacidade.

ABSTRACT: The present article tries to examine the situation of the personal data inputted in judicial processes with exhausted purpose with the right to be forgotten – natural derivative of the right of privacy – and the promulgation of the general data protection law in Brazil. To this, caught up the position of the courts at the context prior to the law, after analyze with the new legal provision, and, in the end, think about the future ways for it application.

KEYWORDS: Right to be forgotten; Law of data protection; Privacy.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O panorama do “direito ao esquecimento” no contexto brasileiro antes da LGPD; 3. O “direito ao esquecimento” frente aos processos judiciais com a finalidade esgotada; 4. Conclusões, ou um parecer jurídico a escavadeira (rachada); Referências.

1 INTRODUÇÃO

O acesso à justiça envolve o enfretamento de empecilhos sociais e naturais. Os sociais podem ser entendidos como o custeio, transporte e renda, já os naturais envolvem dificuldades como localização, distância e doenças. Para além destes, em cada lide há motivos determinantes que levam o cidadão a buscar o Poder Judiciário para resolução de conflitos e/ou reconhecimento de direitos. Estes podem ser a conveniência, a não resolução pelos meios

* Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifca Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: caioprylocke@gmail.com. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

** Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Aluna pesquisadora no Grupo de Estudos em Inovação, Tecnologia e Direito, coordenado pelo Prof. Dr. Marco Aurélio de Castro Júnior, na Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: larissasantos@live.com. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

convencionais e a confiança no poder estatal para garantia do cumprimento das decisões efetivadas. Tais motivos variam conforme o contexto social em que cada jurisdicionado optante pelo início do processo judicial está inserido. Assim, a partir das mudanças advindas com o novo contexto de rápidas e profundas alterações tecnológicas do século XXI, podemos observar uma mudança cada vez maior em sua relação com os processos judiciais e a viabilidade de seu acesso.

No contexto brasileiro, a implementação dos processos judiciais eletrônicos trouxe mudanças na seleção dos motivos determinantes para o ingresso no Poder Judiciário. Do ponto de vista das vantagens da adoção de tais ferramentas, a facilitação do acesso ao Judiciário permitiu que cidadãos que residem em localidades de difícil transporte ou comunicação tivessem o acesso à justiça facilitado, o que outrora impossibilitava um semelhante acesso ao de cidadãos que residem em grandes centros urbanos. Tal constatação fez com que regras antes razoáveis viessem a ser incongruentes na contemporaneidade, como por exemplo, a competência territorial do local da autoridade coatora em mandado de segurança, regra que passou a ser relativizada na prática judiciária¹.

Desta maneira, é notável um aumento do acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário e uma melhora na tutela de direitos individuais, especialmente de parcela carente da comunidade brasileira.

Todavia, há uma desvantagem que merece ser analisada pela comunidade científica. O uso de novas tecnologias e a facilidade de acesso das informações contidas nos processos eletrônicos tal como partes, ano de distribuição da causa e até mesmo aos autos processuais como um todo criam uma nova gama de motivos determinantes que influenciam a tomada de decisão quanto à escolha do poder judiciário para efetivação de direitos. Isto porque, o Direito brasileiro e as informações de acesso público passaram a servir a um propósito inusitado: **seleção de pessoas para vagas de trabalho em grandes empresas.**

Como a grande quantidade de informações colocadas diariamente na grande rede de computadores (internet) podem ser acessadas com facilidade por qualquer pessoa ao redor do mundo, basta o uso de um smartphone para ter acesso às informações públicas de qualquer processo judicial. Em face deste cenário, as empresas têm buscado criar uma rotina em seus departamentos de seleção que consiste na busca por processos judiciais trabalhistas do candidato avaliado contra empresas anteriores na qual este manteve vínculo empregatício. Devido a esta demanda surgiram diversas empresas especializadas na atividade de **mineração** (coleta racional e padronizada de informações por robôs) de dados públicos de todas as pessoas, em especial aqueles constantes em diários oficiais da justiça, sendo a mais famosa a chamada por “Escavador”.

Atualmente, as informações de processos judiciais que antes era acessível apenas àqueles que direcionassem seus esforços aos sistemas do Poder Judiciário, ou ainda na leitura

¹ Conferir a construção jurisprudencial do decidido no Recurso Extraordinário (REExt) n. 509.442 no Supremo Tribunal Federal (STF) e Agravo Interno no Conflito de Competência n. 148.082 e Conflito de Competência n. 151.353 no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentre outros.

de diários oficiais públicos, pode ser realizada com a digitação do nome e/ou Cadastro de Pessoa Física (CPF) de determinada pessoa. Apenas com tal informação é possível saber rapidamente em quantos processos um cidadão foi parte, a natureza destes processos e demais dados públicos por ventura disponibilizados. Assim, além do acesso de um curioso, ou da própria pessoa que busca sistematizar sua vida pregressa em processos judiciais, grandes empregadores adotam tal pesquisa como prática nos setores de recursos humanos, o que conseqüentemente leva nas seleções de recrutamento a eliminação de candidatos que buscaram o poder judiciário para a tutela de direitos trabalhistas em face de ex-empregadores.

Assim, o “Escavador” passou a ser acionado judicialmente por expor dados pessoais de acesso público nos sites dos tribunais e/ou emitidos por órgãos oficiais, de forma organizada, com o simples preenchimento do nome da pessoa a ser pesquisada. Até o momento a empresa tem argumentado que a sua conduta está em conformidade com as normas da Lei de Acesso à Informação, bem como dispositivos constitucionais e o Código de Processo Civil (CPC), tendo logrado êxito com o uso desta fundamentação.

Todavia, com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em vias de vigência e as alterações quanto ao tratamento das informações na grande rede mundial de dados, é imperioso analisar sob qual lógica submete-se agora os dados de processos judiciais finalizados, aqueles que não mais servem a propósito algum, senão ao arquivo histórico de demandas e registros.

A conduta de mineração do “Escavador” poderia continuar, ou a ordem legal seria invertida com a LGPD? Tal questionamento norteia este estudo.

2 O PANORAMA DO “DIREITO AO ESQUECIMENTO” NO CONTEXTO BRASILEIRO ANTES DA LGPD

Há que se definir primeiramente a fotografia do direito brasileiro no tocante a proteção de informações em momento anterior a LGPD. O direito material do acesso à informação pode ser encontrado rapidamente na leitura da Constituição Federal. Neste diploma foram insculpidos diversos dispositivos normativos que protegeriam os dados públicos, oficiais e de interesse coletivo de qualquer tipo de censura ou restrição por parte dos órgãos governamentais ou quem por eles lhes assumisse a função.

Com este objetivo que foi estabelecida a diferença entre o direito “de informar” e o de “ser informado”. Enquanto que o primeiro “coincide com a liberdade de manifestação pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de difusão”, e a segunda entende-se pelo “interesse sempre crescente da coletividade para que tantos os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas” (DA SILVA, 2005, p. 120). Desta maneira, percebemos que o Direito brasileiro divide a proteção a informação em

dois aspectos muito bem delimitados, enquanto um é um direito individual da busca pela informação o outro, coletivo², é o direito da difusão da informação.

A partir desta concepção, temos textos legais infraconstitucionais que tutelam, primeiramente, a forma de manifestação e regulação da imprensa nacional, tal qual na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967). Depois a relação de adequada e responsável informação das entidades privadas (empresas) para com seus consumidores e a vedação a publicidade enganosa, como se vê no art. 6º, inciso III e IV do Código de Defesa do Consumidor. E, posteriormente, a regulamentação legal dos procedimentos e deveres dos órgãos públicos para concretização do disposto na norma constitucional com a Informação (Lei n. 12.527/2011), direcionada especificamente a entes públicos da administração direta, dentre eles o Poder Judiciário, e as demais entidades da Administração Pública indireta (autarquia, fundações, etc).

Com o passar do tempo, alguns diplomas do período pré-Constituição foram sendo revisados para adequarem-se a estes dois direitos. Nessa esteira que a Lei de Imprensa foi considerada incompatível com a Constituição Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130, tendo a referida lei sido expurgada do ordenamento jurídico por regular de forma rígida a atuação da imprensa através da intervenção do Estado. Em contraponto ao direito à informação, temos seu antagônico natural: o direito à privacidade. Este direito fundamental refere-se à proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem do indivíduo, com a íntima relação as informações consideradas pessoais - aquelas em que haja um vínculo objetivo muito claro entre seu conteúdo e a construção da personalidade de uma pessoa em específico através de suas ações ou sua existência por si só (DONEDA, 2011, p. 93).

O direito à informação e o direito à privacidade se digladiam diariamente nas vidas privadas e isto deságua em nossos tribunais, que buscam tutelá-los da melhor forma. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem definido limites gerais à liberdade de imprensa de forma a adequá-los a razoabilidade, dentre eles o compromisso ético com a informação verossímil, a preservação dos direitos da personalidade (direito à privacidade, honra, imagem, e intimidade) e vedação a veiculação de crítica com intuito de difamar, injuriar ou caluniar o indivíduo, como visto no Recurso Especial (REsp) n. 801.109.

Partindo deste contexto, sendo a tensão estes dois direitos uma constante na vida em sociedade, é que surgem debates sobre os mais diversos contornos e consequências desta disputa. Neste sentido, o desenvolvimento tecnológico da humanidade e a criação de armazenamentos externos ilimitados e facilmente acessíveis (MEYER-SCHOENBERGER, 2011, p. 94) fez com que o ato natural humano de esquecer e ignorar determinadas informações fosse considerado um erro grave na contemporaneidade (O’HARA, 2006, p. 354). Assim, na sociedade conectada, o constante lembrar e memorizar de informações em até seus pequenos detalhes causa agonia ao indivíduo que mantém ao seu lado uma informação do passado que pode vir à tona ao longo de sua vida. Nesta linha, o esquecimento é concebido como uma

² Não gostaríamos de entrar na discussão processualística sobre os três tipos de direitos protegidos pela tutela coletiva: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Trouxemos este brocardo com a finalidade de demonstrar ao leitor que tal direito pode ser tutelado pelo processo coletivo e sua importância na sistemática jurídica brasileira.

necessidade e um importante valor social, que deve ser protegido (BLANCHETTE, 2002, p. 39). Em conclusão a isto, surge o chamado *direito ao esquecimento*.

Nele, uma eminente construção jurisprudencial de casos concretos levados aos tribunais cristaliza-se na concepção de que um indivíduo tem o direito de que as pessoas *esqueçam* determinada informação sobre seu passado remoto que lhe prejudica a imagem ou lhe causa profundo desconforto (DE TERWANGNE, 2012, p. 54). O contexto de qualquer discussão sobre o direito ao esquecimento se inspira no emblemático caso alemão *Lebach*³, que deu ganho de causa ao autor do processo judicial na Alemanha que buscava a censura de uma matéria jornalística a seu respeito.

Enquanto que o primeiro caso concreto emblemático no mundo reporta-se da Alemanha, no Brasil, o primeiro processo que se teve notícia veio através da discussão do caso *Doca Street* em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou que o autor do crime não teria direito de ter os atos que praticou serem esquecidos 30 anos depois do crime. Apesar de não reconhecer como procedente o “direito ao esquecimento”, temos no julgado uma breve discussão sobre os limites da atuação da mídia, com um voto vencido que poderia ser chamado de precursor das discussões travadas hoje no Judiciário nacional. Neste trecho, o voto vencido que se reporta ao “enorme potencial ofensivo” da reportagem que fora veiculada prejudicou a imagem do indivíduo perante seus familiares que não conheciam seu passado, desta forma, entendeu que deveria autorização por parte do lesado para veiculação de informação que mesmo a Administração Pública não poderia mais revelar (RIO DE JANEIRO, 2006).

Assim, apesar de tardiamente e de forma vencida, o Direito brasileiro reconheceu, através de um nascimento imperfeito, o direito ao esquecimento de fatos lesivos a imagem de um indivíduo. Os passos não continuaram sendo tão grandes, como se vê em 2009 quando o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concordou que há um “direito ao esquecimento”, porém este não pode ser aplicado quando tratar-se de condutas de funcionários públicos, pois estes devem prestação de contas à sociedade de sua vida funcional por serem “mais do que meros particulares, devem explicações ao público sobre a sua vida funcional pretérita ou presente” (BRASIL, 2009).

Infelizmente, demorou-se muitos anos até que um tribunal superior se manifestasse sobre o tema. O STJ assim o fez sob quase o mesmo contexto fático do caso *Lebach*, na

³ O caso *Lebach* nas palavras de Alexy trata da seguinte situação concreta: “[...] a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado ‘O assassinato dos soldados de Lebach’. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos art. 1º, §2º, e 2º, §1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada. O Tribunal Estadual rejeitou seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição, e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra essa decisão. O autor ajuizou, então, uma reclamação constitucional contra essas decisões [...] o tribunal constata que, no caso da ‘repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido pelo interesse atual pela informação’, que ‘coloca em risco a ressocialização do autor’, a proteção da personalidade tem precedência sobre a liberdade de informar, o que no caso em questão, significa a proibição da veiculação da notícia” (ALEXY, 2015, p. 99-102)

discussão do caso da Chacina da Candelária. A partir daí, tem-se três pontos importantes de interesse no “direito ao esquecimento” brasileiro, por assim dizer.

Primeiramente, no tocante a este caso - e talvez o único caso importante já julgado por um tribunal superior - houve uma interessante ressalva por parte do relator que afasta a aplicação do referido precedente ao ambiente eletrônico da internet, visto que ali a discussão tomaria outra forma e grau. Portanto, o único precedente de grande monta no Direito brasileiro sobre o direito ao esquecimento tratava apenas de cobertura da mídia televisiva (BRASIL, 2013). Além disso, o STJ definiu que o direito ao esquecimento pode ser invocado para proteger indivíduos de situações criminais em que houve a extinção da punibilidade, a absolvição ou a reabilitação do condenado, devendo lhe ser assegurado o esquecimento dos fatos, sendo excluída qualquer tipo de informação ou referência a tais acontecimentos. Enquanto isso, sob a ótica de casos que tragam profunda dor às vítimas, desde 2014 se encontra pendente de apreciação o Agravo de RExt n. 833248, com reconhecimento de repercussão geral, junto ao STF que trata especificamente do direito ao esquecimento da vítima Ainda Curi e seus familiares da violência e estupro que ela sofrera nos anos 50. Com isso, apesar do avanço jurisprudencial, os Tribunais brasileiros apenas chegaram a apreciar casos concretos criminais de mídia televisiva, sob a ótica do criminoso que busca se reabilitar ou da vítima e seus familiares que buscam esquecer o que aconteceu, ignorando por completo outras situações em que o direito ao esquecimento poderia ser invocado.

Em segundo ponto, o precedente firmado pelo STJ cria uma acepção errônea de que haveria proprietários do passado ao definir que a publicação de determinada informação pregressa é altamente vinculada a vontade do sujeito diretamente interessado, o que é inviável em uma ordem constitucional democrática de amplo acesso às informações. O sentido correto do direito ao esquecimento, pensa-se ser a melhor doutrina, é aquele que relaciona o direito a um direito da personalidade de identidade da pessoa, de que ela possa firmar quem ela verdadeiramente é apesar de seu passado, assim, impedindo que se mine a construção e reconstrução natural da acepção individual da personalidade da pessoa (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019, p. 45)

E por último, temos que a temática, na ótica do Poder Judiciário brasileiro, não perpassa totalmente pelo âmbito constitucional, e sim também junto a caracterização do ato como “ilícito” para a responsabilização civil, portanto, discussão infraconstitucional. Anteriormente, o STJ entendia que tal situação levava o Tribunal a ser incompetente para apreciação da matéria. Anos depois, com precedente relatado pelo Min. Teori Zavascki, se entendeu que o STJ seria competente para discutir os pontos infraconstitucionais da matéria, mesmo que haja interesse constitucional transversal (BRASIL, 2010). Esta mudança de postura fez com que os recursos que envolviam “direito ao esquecimento” comessem a ser apreciados, o que sequer ocorria, especialmente devido a “fundada dúvida” que agora autoriza o recebimento do REsp.

Assim, em tempos de Constituição, a tutela do ordenamento jurídico não só permite a ampla divulgação de informações, mas também as vincula a uma atitude livre, responsável e verdadeira da grande imprensa e das empresas para com a sociedade civil receptora de informações e propagandas, sempre com o resguardo de responsabilização por abusos

cometidos quando houver violação grave ao direito fundamental à privacidade ou qualquer outra esfera do indivíduo.

A partir desse panorama, o **direito ao esquecimento** aplicado no Brasil limita-se a situações que envolvam particulares contra grandes corporações de mídia televisiva (produtores de conteúdo), em sua maioria a casos criminais, em que o cidadão já teve sua ressocialização ou em vias dela, sem adentrar em outros âmbitos midiáticos ou de outros temas, bem como ao tratar de questões públicas o Poder Judiciário é restritivo na aplicação do referido direito, por entender ser correta a veiculação de informações de natureza informativa aos cidadãos sobre a atuação de órgãos e servidores públicos. Desta maneira, foge da realidade jurisdicional brasileira a responsabilização ou até mesmo a identificação de um terceiro responsável, que é aquele que realizou o tratamento de dados e intermedia a comunicação entre estes particulares.

Nesse exposto, o direito ao esquecimento não foi expandido ou até mesmo desafiado a novos fatores e casos concretos por diversas razões, mas principalmente pela falta de um dispositivo infraconstitucional – talvez pelo, difícil de afastar, **paleojuspositivismo** legalista (ZANETI JR, 2016, p. 67). Rememoramos aqui uma passagem feita há anos atrás, em que, tratando sobre o direito ao esquecimento, os autores questionam:

As decisões da 4ª Turma do STJ, portanto, definiram marcos temporais, ou seja, pretenderam fixar um prazo de “vida útil da informação criminal”, inclusive, alertando para a necessidade de restrição de publicidade dos processos ainda durante o seu trâmite. Acolhido este pensamento, o primeiro obstáculo a ser superado será em relação aos próprios bancos de dados jurisprudenciais fornecidos pelos Tribunais, que precisarão de uma atualização contínua para retirada de decisões do repositório ou, pelo menos, de uma estratégia para garantir o anonimato dos envolvidos. **Mas qual o fundamento legal para esta restrição da publicidade processual?** (NETO; PINHEIRO, 2014, p. 825-826, negrito nosso)

Ocorre que, apesar de não ser necessária uma lei para qualquer tipo de discussão dessa natureza, **o marco legal foi posto**, a não concessão do direito ao esquecimento frente a um ambiente hiperinformativo, como é a internet, não é mais viável na contemporaneidade, a limitação a supressão de informações públicas sofrerá profundas reviravoltas nos tribunais brasileiros com a LGPD e a reflexão merece ser feita.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AOS PROCESSOS JUDICIAIS COM A FINALIDADE ESGOTADA

No que se refere ao afirmado acima, a tarefa do Poder Judiciário sempre foi da tutela destas relações particulares entre imprensa/empresa e sociedade civil/pessoas, como um ente imparcial e terceiro. Todavia, os regramentos da magistratura e tribunais não refletem qualquer preocupação com as informações dos julgados do Poder Judiciário. A ressalva é a Lei de Acesso à Informação que dava ampla abertura de dados dos processos judiciais para uma cada vez maior transparência da atuação do Poder Judiciário e de seus atos, quase que taxando qualquer restrição de processos que não estejam de sigilo de justiça como uma violação ao direito à

informação, e a Resolução n. 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que regulou os dados visíveis nas consultas dos processos eletrônicos.

Ocorre que, esta mentalidade deve sofrer uma mudança a partir da promulgação da LGPD que busca se preocupar com algo antes visto como “menor” no embate jurídico da informação com a privacidade: **o que fazer** com todos os dados entregues ao sistema eletrônico **após** esgotadas as finalidades do processo.

Para isso, basta verificar que a LGPD tem um intuito básico desde seu nascimento, fazer com que o meio eletrônico brasileiro e suas práticas gerais se adequem ao Regulamento Geral de Proteção de Dados na União Europeia (GDPR, na sigla em inglês). Esta regulação diferencia-se de tantas outras já existentes, pois consagra-se com abrangência e aplicação extraterritorial (art. 3º do GDPR), bem como explicita o “direito de ser esquecido” dos residentes da União Europeia (art. 17 do GDPR).

Assim, a existência da GDPR forçou com que todos os demais países que tivessem tratamentos de dados de cidadãos europeus (basicamente, a totalidade da comunidade interconectada) expedisse leis em igual sentido, sob pena de não poderem mais transacionar informações com pessoas e empresas da União Europeia. Bem como, possibilitou os europeus exercerem um direito especialmente contemporâneo que é o apagamento de dados pessoais na rede mundial de computadores ou outros repositórios de *Big Data*, algo antes visto como prerrogativa a ser concedida caso a caso. Todavia, apesar de inspirar-se na GDPR, e buscar se adequar a ela, a lei brasileira em alguns pontos desviou-se deste caminho tomando lógica própria, que por óbvio a leva a interpretações das mais diversas.

Na GDPR, por **expressamente** afirmar o **direito ao esquecimento**, buscou sistematizá-lo, ainda colocando vedações/ressalvas ao seu exercício, dentre elas “para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial” (art. 17, 3, “e”, da GDPR). Assim, os europeus não podem exercer seu direito de apagamento de dados pessoais quando no contexto de um processo judicial, mesmo que ele já tenha posto a termo sua finalidade.

Assim, diferentemente, no contexto brasileiro, **não** há essa regulamentação quanto a tal direito, apenas limitando-se a tutelar a forma de tratamento de dados e quando ela se extingue. Com isso, no Brasil, a LGPD autoriza o uso de tratamento de dados pessoais nas hipóteses taxativas, dentre elas “para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral [...]” (art. 7º, inciso VI, da LGPD). Subsequentemente, sem qualquer regulamentação sobre o direito ao esquecimento, a lei brasileira dita que os dados em geral devem terminar seu tratamento nas hipóteses de **esgotamento da finalidade**, fim do período de tratamento, revogação da autorização do titular ou determinação de autoridade nacional por violação a lei. Após isto, os dados devem ser **eliminados**, salvo nas situações de cumprimento de obrigação legal/regulatória, estudo por órgão de pesquisa (com anonimato), transferência a terceiros ou uso exclusivo daquele que fornece o tratamento aos dados (sem acesso a terceiros e com anonimato). Em tal sentido, não é forçoso afirmar que a LGPD alçou os dados pessoais ao mesmo patamar de proteção a imagem no direito brasileiro, em que a simples captação e divulgação não autorizada gera dano a ser reparado e retirada imediata do que fora replicado

(VENOSA, 2013, p. 186), no que agora o uso indevido de dados leva a semelhante responsabilização e atitude.

Desta maneira, de forma diversa a União Europeia, no Brasil **não** há possibilidade de um controlador de dados manter o acesso às informações pessoais que lhe foram entregues, após esgotadas as suas finalidades, sem garantir-lhe o anonimato e/ou vedação de acesso por terceiros, ressalvando-se apenas nos casos de obrigações legais da própria lei. Desta maneira, com o trânsito em julgado do processo judicial e sua subsequente concretização das consequências da coisa julgada, não há que se falar em manutenção da finalidade do processo; houve a concretização da promessa de prestação jurisdicional (DE MELLO, 2013, p. 234-237), único sentido da existência de um processo (DIDIER JR, 2015, p. 31), ele encontra-se **esgotado** por inteiro. Em tal linha de pensamento, o direito ao esquecimento no Brasil deve também ser aplicado em face do tratamento de dados de seu prestador imparcial que é o próprio Poder Judiciário.

Nisso, a recepção do direito ao esquecimento ao longo de todos estes anos no direito brasileiro, por ser evidente faceta do direito fundamental à privacidade/intimidade, leva a crer que sua aplicação deve ser imediata, especialmente com o dispositivo legal infraconstitucional que reitera seu posicionamento. Destarte, com a LGPD apenas houve uma facilitação maior na identificação de um novo feixe de responsabilidades através da existência de um **terceiro** que é aquele que trata as informações pessoais postas em evidência em intermediação nas relações entre particulares, incluindo aqui o Poder Judiciário com sua recepção de enorme quantidade de dados pessoais. Isto demonstra como os contextos comunicacionais passados e os presentes são inversos, visto que quando no julgamento da ADPF n. 130 (Lei de Imprensa) o STF entendeu que deveria se expurgar o terceiro desnecessário da relação que era o Estado-censor e manter-se uma linha direta livre sociedade/imprensa, ao passo que, na contemporaneidade, os terceiros intermediadores de informações são inevitáveis e sempre presentes nas relações livres sociedade/produtores de conteúdo. Com isso, a comunidade jurídica brasileira deve sair da “caixa” de responsabilizações apenas de produtores de conteúdo (*blog's*, jornais eletrônicos, influenciadores) em face do direito ao esquecimento para também refletir sobre sua incidência frente a estes terceiros intermediários e coletores de informações, que atualmente detém uma gama de possibilidades de remeter conteúdos lesivos a indivíduos específicos de forma velada a uma parcela maior da sociedade civil.

Além disso, há de se destacar que a LGPD se fundamenta também no princípio da autodeterminação informativa que valorizam a posição do indivíduo frente à escolha sobre a divulgação de seus dados. A autodeterminação informativa possui conteúdo mais amplo do que o enfoque na coleta de dados sensíveis, o que já é constitucionalmente protegido, mas também o contato com dados pessoais de acordo com o objetivo do seu acesso, a possibilidade de tratamento e a associação (MENKE, 2015, 205-230).

No Brasil, a autodeterminação informativa deve ser interpretada em conjunto com o princípio da adequação previsto também na LGPD (CABRAL, 2019, p. 57-60), ou seja, o cidadão precisa ter consciência de qual o objetivo para uso dos seus dados e a sua autorização deve ser limitada ao atendimento das expectativas do cidadão em relação a autorização de

divulgação no sítio eletrônico dos Tribunais dos dados referentes aos seus processos judiciais. Não se olvida da importância de utilização do processo eletrônico para garantia e maior celeridade na tramitação processual, assim como da importância da divulgação das decisões judiciais nos diários oficiais eletrônicos (local em que tais dados costumam ser compilados por empresas de mineração de dados), mas sim a finalidade de tal concessão.

Isto porque, ao ajuizar uma ação o cidadão não autoriza por meio de seus prepostos a coleta de seus dados para que sejam catalogados por empresas ou terceiros e disponibilizados para eventuais empregadores ou pessoas dotadas de curiosidade, e sim a prestação de tutela jurisdicional. Não se desconhece a possibilidade de o cidadão incomodado com o conteúdo disponibilizado peça a correção ou exclusão de informações, porém, tal conduta viola a autodeterminação informativa uma vez que a lógica deve ser inversa - a conduta de autorização ocorre em momento anterior à publicação e não posteriormente. Portanto, haveria uma coleta de dados ilícita, em que não se pode alegar consentimento tácito, uma vez que muitos usuários do Poder Judiciário até mesmo desconhecem tal possibilidade.

Todavia, apesar deste pensamento ser uma decorrência da promulgação da LGPD, o debate sobre a **eliminação posterior** das informações judiciais de um processo judicial não é algo novo na comunidade jurídica brasileira. No Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 1.215 havia a possibilidade de incineração dos processos cinco anos após o trânsito em julgado. A tentativa de aplicação desta norma fez com que o Conselho Nacional da Magistratura expedisse resolução em tal sentido, que perdeu validade por concessão de segurança em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) n. 11.824/SP no STJ (BRASIL, 2002) impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), com suspensão posterior pela Lei Federal n. 6.246 de 1975 e, para complementar o repúdio de nossos tribunais superiores à ideia de descarte, houve a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 1919, que registrou uma medida cautelar (prejudicada após o julgamento do referido RMS) para suspender a incineração dos autos na corte paulista pelo motivo de que “[...] a importância do instrumento físico deste último (que são os autos do processo) não poderá ser desmerecida, até como meio de prova utilizável em futuras demandas [...]” (BRASIL, 1998, p. 361). Com isso, não apenas nossos tribunais não identificaram esta necessidade de descarte das informações eletrônicas após o fim da prestação jurisdicional, como também em tempo passado repudiaram a possibilidade de qualquer destruição das informações de um processo judicial.

Em contraponto a esta memória histórica, recentemente o STJ julgou a responsabilização dos principais servidores de busca na indexação vexatória de seus mecanismos de pesquisa ao vincular o nome de determinada pessoa a situação lesiva, com utilização expressa da GDPR para auxílio no julgamento, em que se concedeu a tutela jurisdicional, não para apagar os conteúdos virtuais sobre a autora, mas sim para que tais resultados indesejáveis não recebam destaque e sejam retroalimentados em sua relevância *online*. Nisso, merece replicação de parcela do decidido:

[...] Tem-se, assim, uma via conciliadora do livre acesso à informação e do legítimo interesse individual, *porque não serão excluídos da busca referências ao nome da recorrida, nem serão ocultados definitivamente os resultados advindos de uma busca que faça referência a seu nome em conjunto com termos que remetam ao resultado*

hoje exibido. O que se evitará é, tão somente, que uma busca direcionada a informações sobre a sua pessoa, por meio da inclusão de seu nome como critério exclusivo de busca, tenha por resultado a indicação do fato desabonador noticiado há uma década, impedindo a superação daquele momento [...] (BRASIL, 2018, p. 30-31, itálico do autor)

Assim, não é forçoso afirmar que está se observando uma lenta e gradual mudança de paradigma na conceituação e aplicação do direito ao esquecimento no Brasil. O que começou com algo restrito a apenas algumas situações de alta mídia e de casos criminais emblemáticos, transforma-se aos poucos em um direito não apenas da veiculação direta de informe jornalístico de alta repercussão, mas também o mero apoio individualizado ou sistematizado (indexação) a propagação de notícias ou informações lesivas a privacidade de determinada pessoa após um determinado tempo.

Isto faz com que haja uma maior gama de feixes de responsabilizações, consequentemente maiores cautelas dos agentes de tratamentos de dados pessoais, inclusive daqueles de extrema capilaridade que possuem informações, tal como clínicas de exames laboratoriais e farmácias, e aqui em tela, os dados pessoais em processos judiciais.

Dessa forma, na tentativa de propormos uma agenda de pesquisa futura, acreditamos que a melhor forma de pensar teoricamente sobre o direito ao esquecimento na vigência da LGPD e a problemática dos processos judiciais com finalidade esgotada, é, em primeiro lugar, buscar comparar as soluções dadas pelos tribunais quando no uso indevido da imagem do sujeito – instituto já há muito consolidado na prática e teoria jurídica brasileira – aos casos concretos que chegarão aos tribunais como maneira de promover uma abertura de pensamento àqueles que ainda são avessos ao direito ao esquecimento em tais casos. Além disso, deve haver uma reflexão sobre o papel e responsabilidade desses intermediadores coletores de dados pessoais nas relações jurídicas, especialmente os privados, deve-se aceitar a sua invariável existência, bem como estudar os contornos de suas atividades e condenações judiciais possíveis/reais que possam sofrer, como a imposição da anonimização dos dados coletados. Ademais, de forma a considerar a história de decisões pátrias, tem-se a necessidade de revisitar o que fora decidido na ADIN n. 1919, RMS n. 11.824/SP, REsp n. 1.660.168, ADPF n. 130, REsp n. 1.334.097/RJ, Apelação n. 2005.00154774, dentre outras, para, assim, avançar na confecção de julgados, e futuramente, precedente responsável e racional com o que fora decidido anteriormente. Ao fim, deve-se ainda estabelecer teoricamente em que seara e grau o demandante pode pleitear seu anonimato no processo judicial, frente ao âmbito administrativo dos tribunais, como já disposto na Resolução n. 121/2010 do CNJ, ou deverá recorrer a sede judicial em face de todos os tribunais que deverão julgar mandados de segurança contra seus próprios atos de tratamentos de dados. Em ambos os casos, as demandas estarão em alto número.

Cumulado a isso, em termos imediatos e práticos, sugere-se a promoção de debates em torno dos órgãos administrativos dos tribunais brasileiros, visto que, preparando-se previamente ou não, o debate sobre as providências a serem tomadas em caso de processos com finalidade esgotada ocorrerá em suas tribunas, especialmente na Justiça do Trabalho em que a manutenção de dados pessoais nos processos que visavam a proteção ao trabalhador gera a pecha a

prejudicá-lo em futuras entrevistas de emprego. Ainda nisso, as empresas geradoras dos sistemas informatizados do Poder Judiciário devem iniciar sua transição tecnológica para que não se afirme posteriormente a impossibilidade técnica de aplicação do referido direito.

Ademais, um dos pontos que entendemos que será mais controvertido é o tocante as informações judiciais postas em **diários oficiais** na vigência da LGPD. Eles são utilizados para entregar a mais ampla e aberta publicidade possível aos atos judiciais, o que deve realmente ocorrer. Porém, com a possibilidade de anonimato ao término do processo judicial, há que se refletir o quanto e o que será posto em caráter informativo na veiculação oficial. Deve-se, por exemplo, abrir possibilidade de que o nome da parte não conste nos registros dos diários, sendo suficiente apenas o número do processo e de seu procurador, permanecendo seus dados pessoais nos sistemas do Poder Judiciário enquanto perdurar o trâmite processual. Isto facilitaria o anonimato após o esgotamento da finalidade do processo, visto que a informação interna dos sistemas judiciais é mais suscetível de tratamento do que o diário oficial que decorre de publicação altamente aberta e irreversível, e ainda pode ser implementado um mecanismo de reversão do anonimato caso haja alguma necessidade justificável, como por exemplo, a expedição de alguma certidão ou a determinação de um novo ato processual não pensado anteriormente.

Através do dito acima, buscou-se, em síntese, esclarecer ao leitor o que entendemos por ser o ponto de partida para o problema (FERRAZ JR, 2013, p. 221) sem perdermos a invariável retidão dos textos, sob pena de cairmos em proposta de discricionariedade judicial (GRAU, 2014, p. 89), o que é descabido. Adiante, após compreendermos que o debate sobre o tratamento dos dados pessoais de processos judiciais existe, expomos o que entendemos por necessário a ser feito em tempos de vigência da LGPD.

Com isso, por óbvio, pode-se contestar o que fora dito em linhas acima. O leitor pode remeter a experiência europeia da GDPR, e sendo ela a inspiração para a LGPD, em um diálogo transnacional das cortes afirmar que suas incongruências seriam má-técnica legislativa do Parlamento brasileiro, e, assim, dispondo-se a desconsiderar o diferente entre as duas leis, a afastar o direito ao esquecimento dos processos judiciais com finalidade esgotada. Ou ainda, que o direito ao esquecimento não tem incidência, *a priori*, nos casos de processos judiciais pelo seu interesse público notório – uma das ressalvas à exclusão/anonimato do término do tratamento de dados, mas haveria o direito à autodeterminação informativa. Todavia, há que se refletir se utilizar um contexto europeu para imediatamente repudiar uma proteção mais abrangente em nosso país, é furtar aos jurisdicionados o debate enriquecedor de uma demanda judicial que pode alargar um direito fundamental que a Europa limitou em lei. A recepção, se ocorrer, ou for defendida, deve ser debatida e o processo judicial deve ser visto como um processo criativo e não aplicador direto e superficial (ZANETI JR, 2016, p. 37). Ademais, o termo interesse público, palco de intensos debates, seja qual for o seu conceito, não tem o condão de limitar um direito fundamental, especialmente por ser essa a finalidade, por assim dizer, dos direitos fundamentais: a proteção do cidadão e seus direitos individuais frente ao Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 369). Nisso, caso se traga à baila o interesse público dos processos judiciais como forma de não exclusão/anonimato das informações pessoais ali presentes, então que se importe o mesmo ônus argumentativo

(ALEXY, 2013, p. 190) de fundamentar que (a) tal norma não é contrária à Constituição ou que é constitucional (ALEXY, 2015, p. 281) e (b) que tal norma não infringe o núcleo duro do direito fundamental à privacidade e/ou de que a intervenção intensa tenha uma razão relevante (ALEXY, 2015, p. 298-299). De nossa concepção, um processo judicial com a finalidade esgotada não merece a manutenção dos dados pessoais das partes de forma ampla, e os dados podem ser restringidos ao público em geral, porém mantidos internamente no sistema em face de qualquer necessidade superveniente, ou seja, protegeu-se a publicidade dos processos judiciais em seu curso e manteve-se a privacidade em seu término.

Ao fim, compreender que a LGPD traz uma oportunidade ímpar a comunidade jurídica brasileira para reescrever a forma de tratamento de dados pessoais em suas demandas judiciais é um avanço considerável ao que se havia em tempos passados de estudo e aplicação superficial do direito ao esquecimento.

4 CONCLUSÕES, OU UM PARECER JURÍDICO A ESCAVADEIRA (RACHADA)

Chegamos, portanto, a trazer uma breve resposta ao nosso questionamento inicial e motivador: estaria a atividade do “Escavador” fadada a ser encerrada no tocante a dados pessoais de processos judiciais? Em especial, aqueles decorrentes de demandas na justiça do trabalho?

Nesse sentido, há que se entender que a construção de uma empresa de mineração de dados pessoais disponibilizados no ambiente da internet é um avanço natural e corriqueiro das transformações do ambiente conectado global constantemente vigiado (DA COSTA, 2004, p. 164). Assim, as regulações jurídicas caminham sempre de forma atrasada, visto que tais mudanças são mais velozes que seus instrumentos de construção de dispositivos normativos, e nem sempre abarcarão a totalidade das possibilidades empresariais, especialmente pelo capitalismo ser criativo e se diversificar a cada nova regulação. Destarte, existem duas observações importantes a serem feitas.

O “Escavador” e tantas outras empresas que se aproveitaram de um nicho contemporâneo de mercado não regulamentado até então, que é a disponibilização de dados pessoais sem tratamento, **(a)** passarão por diversos e seguidos “choques jurídicos” em processos de adequação às novas legislações – tal qual a Uber – pois com a possibilidade de exclusão superveniente de dados públicos, nada impede que o “Escavador” seja chamado para também excluir ou anonimizar de sua base de dados tais informações em grau muito maior que o usual, tal como a indicação de quantidade de ações ajuizadas em Tribunais, dados gerais de processos, situação de autor/réu em demandas judiciais e/ou implementar a exigência de autorização prévia para exposição de tais informações. Isto gera uma demanda administrativa e de gasto de tempo considerável.

Além disso, **(b)** temos a perda da viabilidade (e talvez a rentabilidade da atividade) caso os tribunais e demais órgãos públicos decidam por entender que os dados pessoais devem ser excluídos ao final do processo judicial e que os diários oficiais devem ter o mínimo de

informações individuais possíveis. Com isso, não haveriam dados a serem minerados de uma forma facilitada, como é atualmente, e caso haja, existe sempre o risco de que eles possam ser excluídos ao final pelo esgotamento de sua finalidade.

Dessa maneira, a escavadeira não quebrou, sua atividade continua com o repertório de dados dos mais diversos, mas sua rachadura **jurídica** já data alguns anos. Assim, a regulação do tratamento de dados no mundo informatizado não ficaria eternamente em um limbo futuro, tampouco estariam aqueles que tratam dados e o “Escavador” livres de qualquer responsabilização jurídica por tal atividade ou de adequação de seus serviços a nova situação jurídica garantidora da proteção dos dados pessoais com a LGPD. Por isso, o avanço sob a reflexão de tal empreendimento deveria ter ocorrido muito antes, porém, talvez agora se consiga resgatar o tempo perdido para finalmente trazer uma proteção jurídica ao direito que as pessoas têm de terem parcelas do seu passado esquecidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BLANCHETTE, Jean-François. JOHNSON, Deborah G. Data retention and the panoptic society: the social benefits of forgetfulness. **The Information Society**, v. 18, p. 33-45, 2002. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fl17f/fed4d7cd491796e7384f66204a11010ab0b0.pdf>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.919. Relator OCTAVIO GALLOTTI. Brasília, DF, data do julgamento 02/12/1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.824. Relator FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Brasília, DF, data do julgamento 16/04/2002.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ementa de Apelação Cível n. 2003.70.00.058151-6. Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER. Porto Alegre, RS, data de julgamento 06/05/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 547.653. Relator TEORI ZAVASCKI. Brasília, DF, data do julgamento 15/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097. Relator LUÍS FELIPE SALOMÃO. Brasília, DF, data do julgamento 28/05/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.660.168. Relatora NANCY ANDRIGHI. Relator para acórdão MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, DF, Data do julgamento 08/05/2018.

CABRAL, Filipe Fonteles. **Proteção de dados pessoais na atividade empresarial: gerenciamento de riscos e o relatório de impacto à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DA COSTA, Rogério. Sociedade de Controle. **São Paulo em perspectiva**, n. 18, v. 01, 2004, p. 161-167.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DE MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora Juspoivm, 2015.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez, 2011. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MENKER, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnicos-informacionais no direito alemão. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 205-230.

MEYER-SCHOENBERGER, Viktor. **Delete: the virtue of forgetting in the digital age**. Princenton: Princenton University Press, 2011.

NETO, João dos Passos Martins. PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória – uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. **Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 3, 2014, p. 808-838. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6670/3805>>.

O'HARA, Kieron. et. al. Memories for life: a review of the science and technology. **Journal of the Royal Society Interface**, v. 03, p. 351-365, 2006. Disponível em: <<https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rsif.2006.0125>>.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2005.00154774. Relator MILTON FERNANDES DE SOUZA. Rio de Janeiro, RJ, data de julgamento 28/03/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DE TERWANGNE, Cécile. Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido. **Revista de Internet, Derecho y Política**, n. 13, p. 53-66, 2012. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/IDP/article/download/251842/337491>>. Acesso em 20 de dezembro de 2019.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Editora Juspoivm, 2016.

ANÁLISE HISTÓRICA E CRÍTICA DA RELAÇÃO DE TRABALHO FEMININA E OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NOS DIREITOS CONQUISTADOS

*Fernanda Magalhães Rebouças**

*Maitê Marques Cunha**

RESUMO: O presente artigo explora o tema do trabalho feminino e as instituições do direito do trabalho. O objetivo central consiste em demonstrar a forma em que a condição da mulher dentro da sociedade mudou e a forte influência que o trabalho exerce nesse cenário. A hipótese levantada, portanto, expressa-se em como historicamente a relação de trabalho do sexo feminino esteve pautada na desigualdade entre os gêneros. O tema demonstra sua relevância social e jurídica uma vez que se baseia no direito fundamental à igualdade. Desse modo, traça-se uma análise que vai desde sua inserção no modo de produção capitalista, baseado na relação de emprego num contexto mundial, até a situação no Brasil dentro do contexto atual da reforma trabalhista de 2017. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, adotando-se como marco teórico, principalmente, Simone de Beauvoir. Como resultado, foram analisadas as conquistas dos direitos femininos frente os interesses capitalistas. Conclui-se, portanto, que várias foram as conquistas, porém a igualdade de gênero almejada pela Constituição de 1988 não se constitui como uma regra nas relações de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: trabalho; mulher; direito; capitalismo; reforma.

ABSTRACT: The present article discusses the theme of female rights and the institutions of Labour Law. It aims to show the ways in which female condition has changed within society, and the strong influence that work relations have had in this scenario. For its hypothesis, it considers that the female labor rights has been ruled by gender inequality, and the theme is important once it bases itself on the fundamental right to equality. Its analyses goes from womens insertion on the workforce, standing from a mondial context in the industrial revolution, to the situation in Brazil since the 2017 overhaul in labor legislation. The method used was bibliographical research, adopting Simone de Beauvoir as its theoretical framework. As a result, the female Rights conquered are analysed as opposed to capitalist interests. The conclusion it's that even though some rights have evolved, the gender equality 1988's brazilian federal constitution have tried to establish have not been the norm in work relations.

KEYWORDS: Work; Women Labor Legislation; Capitalism; Overhaul.

Sumário: 1 Introdução; 2 A evolução histórica da luta das mulheres por direitos trabalhistas; 3 A proteção constitucional do mercado de trabalho da mulher; 4 Comparativo entre a CLT antes e depois da reforma trabalhista referente ao trabalho da mulher; 5 impactos pós reforma trabalhista no trabalho da mulher; 6 Conclusão; Referências.

* Graduandas do nono semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

1 INTRODUÇÃO

A condição da mulher e sua evolução dentro do direito guardam profunda relação com sua emancipação por meio do trabalho, segundo Simone de Beauvoir. Neste artigo, busca-se, através da pesquisa bibliográfica, explorar o tema dessa categoria específica de trabalhador balizada pelas instituições do direito do trabalho. A hipótese levantada consiste em como historicamente a relação de trabalho feminina esteve pautada na desigualdade entre os gêneros. O tema demonstra sua relevância social e jurídica uma vez que se fundamenta no direito fundamental à igualdade. Dentre os fatores que compõem a apreciação, tem-se desde a relação entre função reprodutora e carga socialmente a ela atribuída, os argumentos que influenciaram os avanços em matéria trabalhista ao longo do percurso e a resistência por certos setores que se beneficiam da condição subordinada.

Este cenário começa na revolução industrial, quando se configuram duas células essenciais do modo de produção capitalista: a relação de emprego e a família nuclear. Segue transformando-se, não obstante, até a atualidade, onde forças econômicas tentam retroagir nos direitos conquistados por séculos pelas mulheres. A demarcação, por conter as relações pertinentes que uma análise histórica mundial pode trazer, é em parte limitada pela relação de emprego como conhecemos hoje: força de trabalho humano trocada por dinheiro.

Entretanto, dada a particularidade da condição feminina e do que lhe é atribuído como ocupação, pertine também à discussão outras atividades, como a criação da prole, o trabalho doméstico e seus pormenores. Essas atividades, que não serão aqui tratadas em maior detalhamento, compõem o cenário do que é convencionado como jornada dupla, conforme Leiziane Mota (2013). Contudo, atualmente, também podendo ser referida como jornada tripla.

Portanto, neste artigo, será abordada, inicialmente, a evolução histórica da luta das mulheres por direitos trabalhistas. Posteriormente, a proteção constitucional do mercado de trabalho da mulher. Em relação a atualidade, será feito um breve comparativo da CLT antes e depois da reforma trabalhista, no que tange ao trabalho feminino. Por fim, será feita uma análise dos impactos pós-reforma do trabalho exercido pelas mulheres.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LUTA DAS MULHERES POR DIREITOS TRABALHISTAS

Presas historicamente ao ambiente familiar, a mulher era lida como existente somente em relação aos homens de sua vida, explicitada essa relação no paradigma ou-mãe-ou-esposa-ou-filha-ou-prostituta. Não foi por outro motivo que o direito lhe atribuiu incapacidade civil ao longo da história - a maior parte da história ocidental, para maior precisão.

Visto que a tradição do direito entende o sujeito em termos de indivíduos e de vontades, a falta de capacidade civil (conquistada no Brasil apenas em 1962 pela Lei nº 4.121) sugere que as mulheres sequer eram entendidas como sujeitos. Não poderiam, portanto, acumular ou

livremente dispor de patrimônio ou postular sobre os próprios interesses — fazia-se preciso um intermediador de seus direitos, geralmente designado nas figuras do pai e, em seguida, do marido.

É só a partir das grandes revoluções na Europa, com a transformação dos modos de produção de feudalismo para capitalismo, que, escapando ao âmbito exclusivamente familiar e conjugal, a mulher pode passar a relacionar-se com a sociedade de outra maneira: como força de trabalho.

Como povo, as mulheres trabalhadoras participaram das insurreições burguesas, mas também como povo não as dirigiram e nem delas colheram os frutos. Beauvoir (1970, p. 125) fala da opressão econômica da mulher não-aristocrata como elemento amenizador da opressão de gênero durante a idade média. Como tinha que trabalhar, tal qual o seu esposo, era vista mais como associada e companheira e menos como acessório - condição esta dada às mulheres de classes mais abastadas que viviam de forma parasitária, conforme o julgamento da sociedade à época.

Não obstante, apesar da história da mulher trabalhadora passar a se desenvolver com mais notoriedade durante as revoluções burguesas, não é a ideologia burguesa que as emancipa. Isso ocorre pois, como explica Engels (2010), a propriedade privada foi essencial para determinar o tratamento dado a prole e como consequência, à mulher. Assim, no plano do ideário pós revolução francesa; é apenas com as revistas, folhetos e associações socialistas que surge o que se pode chamar de um germe feminista emancipatório. Muitos pensadores da época chegaram a pregar que com a libertação dos trabalhadores as mulheres poderiam finalmente gozar da vida civil de forma plena.

No plano material, por outro lado, o advento das máquinas chegou a ser um elemento essencial da transformação em mulher trabalhadora, pois em seu operar anulava-se em grande parte a diferença de força entre os gêneros. O súbito desenvolvimento da indústria fez com que a mão de obra masculina da época não fosse mais suficiente e dessa forma as mulheres acabaram sendo requisitadas. Isso não significava, contudo, que as mulheres chegassem às fábricas em pé de igualdade. Beauvoir (1970) aduz, ainda, que apesar de ser pelo trabalho que as mulheres conquistaram sua dignidade como seres humanos, essa seria uma conquista singularmente árdua e lenta.

Na França em 1889, as mulheres ganhavam em média metade do salário masculino. O salário feminino era baixo, entre outros motivos, por ser visto como meramente auxiliar à família, dado que elas ainda se encontravam em parte subjugadas à vida familiar e conjugal. Como historicamente assumiram posições e comportamentos subservientes e resignados, muitas mulheres se contentavam com o pagamento baixo e isso fez com que o nível de seus salários se estagnasse numa posição conveniente aos empregadores. Dessa forma, mesmo sendo mais explorada que os homens, não se chegava sequer a ganhar o suficiente para a sua sobrevivência.

Concentradas nas áreas de fiação e tecelagem, o trabalho realizava-se em condições higiênicas lamentáveis. A jornada de trabalho alcançava por vezes as 17 horas diárias em locais

completamente insalubres, de forma que uma grande parte das trabalhadoras adquiriam tuberculose. Em *O Capital*, Marx relata algumas dessas condições:

“O Sr. E., industrial, disse-me que só empregava mulheres nos seus teares mecânicos, que dava preferência às mulheres casadas e, entre elas, às que tinham família em casa, porque mostravam mais atenção e docilidade do que as celibatárias e trabalhavam até o esgotamento de suas forças, a fim de conseguir os meios indispensáveis à subsistência dos seus. Assim é que as qualidades inerentes à mulher são deturpadas em seu próprio detrimento, e todos os elementos morais e delicados de sua natureza se transformam em meios de escravizá-la e fazê-la sofrer.” (MARX, 1867)

Com o surgimento do sindicalismo, as trabalhadoras participam do movimento timidamente. Até 1920, suas participações nos movimentos não passaram de 10% do total de trabalhadores sindicalizados (BEAUVOIR, 1949, p. 150). Dá-se essa baixa proporção devido a uma tradição de subserviência e de falta de solidariedade entre mulheres. Por consequência, as reivindicações femininas só são ouvidas mais tardiamente (e mesmo a luta pelo direito de sindicalizar-se se arrastaria por mais décadas em alguns países). Dessa forma, é apenas em 1874 que surgem as primeiras regulamentações legais do trabalho feminino, especificamente, tratando em dispositivos escassos do descanso aos domingos e feriados e da proibição que as menores de idade exerçam trabalho noturno.

Posteriormente, em 1892, a primeira carta de trabalho feminino limita os horários na fábrica, mas muito precariamente: não existia qualquer fiscalização e as fraudes aconteciam abertamente. Pouco a pouco, as legislações dos países mais desenvolvidos economicamente se constituem no sentido de começar a dar garantias de higiene do ambiente de trabalho e da relação das horas trabalhadas para as grávidas. Esses avanços, entretanto, não foram suficientes para igualá-las aos homens e ainda havia muito caminho a ser trilhado.

Não obstante, no início do século XX as condições trabalhistas ainda eram consideravelmente precárias e culminaram nos motivos que levaram ao dia internacional da mulher, mesmo que nesse sentido haja uma disputa de narrativas. A socióloga Eva Blay (2001) esclarece que a criação do dia foi primeiro mencionada em 1908, pelas mulheres socialistas americanas mobilizadas em protestos e depois no II Congresso De Mulheres Socialistas, pela ativista Clara Zetkin. É só em 1911 que ocorreria o famoso incêndio da *Circle Company* em que 123 trabalhadoras morrem depois de serem trancadas em um prédio em chamas, na cidade de Nova York.

Em 8 de março de 1917, as tecelãs de São Petersburgo fazem um protesto grande o suficiente para ser considerado o pontapé da Revolução Russa. Anos depois, na década de 70, a ONU resgata essa data como símbolo da luta feminista, mas esquece da carga “socialista” que o movimento inicialmente tinha. Esses eventos mostram o quanto o dia internacional da mulher, apesar de ter sofrido forte cooptação posteriormente, tem sua origem indissociável de um viés trabalhista e de uma luta imemorial.

Já no Brasil, a proteção legal ao trabalho da mulher ocorreu por muito tempo no sentido de manter a exploração da mulher nas tarefas domésticas e nas tarefas maternas, mesmo estas trabalhando longas jornadas fora de casa. Alice Monteiro de Barros (2009, p. 1085) explica

que, por serem as mulheres e os menores os mais explorados na situação empregatícia, as primeiras leis trabalhistas acabaram surgindo no intuito de coibir esses abusos, mesmo que por vezes sob justificativas que reforçaram as causas do problema em si. Por exemplo, nas leis do início do século XX que restringiam o trabalho da mulher, a justificativa e motivação dos legisladores não era preservar a dignidade humana feminina, para que não trabalhassem até a exaustão de suas forças, mas sim garantir que não passariam tempo demais trabalhando a ponto de esquecer sua função real na sociedade, que seria criar os filhos e cuidar da casa.

A doutrina brasileira justificava a necessidade de proteção baseando-se na espanhola de Marañón (1905, p. 123), em que: “uma boa mãe durante os anos de fecundidade, que são os centrais em sua vida não poderá nem deverá ser outra coisa, que não mãe.” Logo, se é a suposta docilidade e delicadeza inerentemente femininas que levam os patrões a empregá-las como sub-trabalhadoras e pagando menores salários, são as mesmas características que incentivam o Estado a coibir esses abusos, para que o trabalho não as impedisse de serem exploradas também dentro de casa. Em ambas as situações, não é a emancipação da mulher que se intenta.

Como consequência, a inserção das mulheres no mercado de trabalho brasileiro se deu de modo que no começo do século XXI eram meramente 10% das mulheres brasileiras as trabalhadoras, logrando apenas 14,7% da população economicamente ativa (BARROS, 2016, p. 704). Nesse sentido, percebemos o viés duplo da exploração da força de trabalho feminina - no âmbito doméstico e no âmbito industrial.

3 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

À época da Constituinte, as mulheres deputadas que participaram se uniram num movimento suprapartidário para que a nova constituição trouxesse suas reivindicações (MONTEIRO, 2018). Mesmo considerando que elas eram apenas 26, ou seja, 5% do total de parlamentares, essa mobilização seria essencial para caracterizar constituição que temos hoje. Uma parte mais reacionária dos constituintes restantes, no início, percebeu o burburinho que acontecia nos corredores do planalto e a apelidou pejorativamente a organização de “*lobby do batom*”. As mulheres envolvidas, mesmo descontentes pela diminuição que se estava fazendo do movimento, reagiram se apropriando do apelido como forma de resistência.

Durante os meses que aproximaram a outorgação, a comissão de deputadas engajadas convocou que as mulheres brasileiras mandassem cartas com propostas do que queriam ver na nova constituição. Depois do trabalho árduo de ler todas as milhares de cartas que chegaram de todo as partes do Brasil, confeccionou-se a chamada “carta das mulheres aos constituintes”. O documento foi entregue numa ocasião solene no palácio do planalto, no dia 26/03/1987, seguido dos discursos das parlamentares presentes.

Hoje, entende-se que a investida foi um sucesso, uma vez que suas articuladoras avaliam que cerca de 80% das reivindicações foram atendidas (MONTEIRO, 2018). Entre elas, foram incluídas na Carta Magna a igualdade salarial, licença maternidade de 120 dias e outros

mecanismos com fim de erradicar da violência de gênero. Por outro lado, os avanços conquistados atualmente sofrem fortes investidas de movimentos conservadores.

No que tange a dúplice proteção dada até 1988 pela CLT às mulheres, Alice Monteiro de Barros (2009) entende que haviam, por um lado, leis tutelares e por outro leis de combate à discriminação. Essas leis, por vezes, se contradizem, posto que em algumas situações a tutela ultrapassa situações específicas dignas de amparo. Por exemplo, se proibia o trabalho noturno e as jornadas estendidas, mas não existia, para as mulheres, nada que as impedissem de exercer tal atividade, uma vez que o trabalho noturno não faz mais mal à elas que aos homens.

Um avanço importante, para além da supressão das tutelas injustificadas, foi a ampliação da proteção contra a discriminação no trabalho. Se a Constituição de 1937, mesmo declarando a igualdade, permitia que os empregadores reduzissem os salários de suas empregadas em 10% pelo simples fato de serem mulheres; atualmente, o combate a discriminação está fundado no princípio (ou diretriz) constitucional da isonomia, um dos mais basilares de nossa Carta, mesmo que as declarações constitucionais enfáticas não pareçam ter convencido ainda alguns particulares.

No âmbito dos avanços protetivos, temos a proteção à maternidade. O dispositivo brasileiro que trata do assunto conseguiu dar mulheres nessa situação uma proteção maior que o disposto na Convenção n. 183 da OIT, o que é sem dúvida um avanço inegável. Cabe ressaltar que tal determinação alcançou também as trabalhadoras rurais e avulsas, as empregadas domésticas, as adotantes, as vítimas de partos malsucedidos e abortos.

Também é pertinente a questão da licença paternidade. Em 1967, os pais dispunham de somente um dia, e antes disso, o nascimento de um filho era apenas uma justificativa para faltas. Com a Constituição de 1988, os dias aumentaram para 5, e hoje existe a possibilidade de que os pais que trabalham dentro do programa empresa-cidadã obtenham até 30 dias de licença. Essa tímida melhora é uma conquista das mulheres, pois tendo em vista que o direito não só é mudado, como também causa mudanças na sociedade, a diretriz que se comunica é: a criação dos filhos não é responsabilidade só da mãe, compete à lei estender a proteção de forma a tornar mais justo o ônus da criação, que certamente é papel de ambos os gêneros. Hoje, felizmente, existem inúmeros projetos que planejam aumentar a licença como forma de medida educativa aos pais.

A ampla proteção à gestante na realidade fática, no entanto, por vezes não encontra a mesma força. Segundo a pesquisa "Licença maternidade e suas consequências no mercado de trabalho do Brasil", realizada pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV EPGE), por Cecília Machado e V. Pinho Neto, metade das mulheres saíram do mercado de trabalho dentro de um ano após o início da licença maternidade, seja por demissão, falta de vagas em creches ou renda insuficiente para contratar uma babá (MACHADO; PINHO, 2016).

4 BREVE COMPARATIVO ENTRE A CLT ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA REFERENTE TRABALHO DA MULHER

Muito se debate sobre os aspectos da reforma trabalhista, José Cairo Jr. (2018) ressalta que esta “[...] flexibilizou diversos direitos laborais bem como conferiu eficácia limitada à autonomia da vontade individual do empregado e coletiva das entidades sindicais para permitir a prevalência do convencionado sobre o legislado [...]”. Entende-se a eficácia limitada à autonomia da vontade, uma vez que trabalhadoras em situação de vulnerabilidade não dispõem de aparatos que permitem o exercício dessa autonomia. Com base nesse ponto, partiremos à comparação sobre o trabalho da mulher pré-reforma trabalhista e o mesmo após esta Lei.

Os defensores da reforma trabalhista, de modo geral, argumentam que esta tem como objetivo: a) a geração de empregos, uma vez em que diminui o custo do trabalhador para a empresa; b) a diminuição da intervenção estatal na relação empregatícia e c) a maior liberdade contratual entre o empregador e o empregado. Em desconformidade com este argumento, os críticos desta Lei alegam que esta não gera mais emprego, apenas retira os direitos dos trabalhadores tão arduamente conquistados, aumentando, desta forma, o ciclo da pobreza já existente no Brasil e fazendo com que a desigualdade entre classes esteja cada vez mais acentuada. Ora, se o trabalhador é portador de uma relação de trabalho que apenas mantém a sua subsistência, ele não se torna um consumidor, não impulsionando, dessa forma, o mercado de consumo, a industrialização e a geração de mais empregos. Nesse sentido, ressalta-se a importância de salários condizentes com o labor realizado e sem diferenciação em relação ao gênero que o exerce.

Na antiga CLT havia a previsão em que a mulher poderia ter 15 minutos de intervalo antes de começar a fazer horas extras. Acontece que com base em um argumento histórico - que esse texto fora previsto em 1943 com o objetivo que as mulheres pedissem autorização do marido ou dos pais - este foi suprimido do texto legal, visando a igualdade de gêneros. Apesar do teor sexista para a implantação do artigo na CLT, é importante considerá-lo sob o contexto atual. Após a conquista de diversos direitos das mulheres, não existindo mais a necessidade delas pedirem autorização para os seus respectivos maridos ou pais, essas ainda necessitam de descanso antes de começarem a trabalhar por mais longas jornadas. Esse intervalo, apesar do teor sexista na sua implantação, era um importante direito para mulheres. Entende-se, desse modo, que para a maior proteção não somente da empregada, mas de todos os empregados, seria melhor o legislador ter estendido esse benefício aos homens, mantendo-o na legislação.

Ademais, segundo o novo texto da CLT, quando existir uma diferença salarial considerável, a empresa deve pagar uma multa de duas vezes o limite máximo do Regime Geral da Previdência Social, além do pagamento das diferenças havidas. Ou seja, a previsão desta multa, poderá ser considerada um ponto positivo da reforma, uma vez que é uma prática recorrente no mercado a desigualdade salarial, posto que as mulheres, em uma visão machista, representam um capital humano de maior custo para a empresa.

O antigo texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, além disso, previa que a gestante ou lactante deveria ser afastada de qualquer atividade em ambientes insalubres. No entanto, a reforma trabalhista alterou este artigo. Atualmente, apenas gestantes que trabalham em locais

de alto grau de insalubridade deverão ser afastadas sem prejuízo do recebimento do adicional salarial. Quanto às gestantes que trabalham em locais com médio ou mínimo grau de insalubridade, estas deverão apresentar um atestado médico da não possibilidade de continuação do trabalho no local insalubre, para o direito ao afastamento. Referente às lactantes, em qualquer grau de insalubridade, estas deverão apresentar atestado para serem afastadas de locais insalubres.

Após uma grande insatisfação geral, esse artigo foi alterado pela MP nº 808/17 que previa que a regra geral é que a empregada fosse afastada com direito ao pagamento do adicional respectivo no grau alto de insalubridade; em contrapartida, caso ocorresse o grau mínimo ou médio de insalubridade e houvesse atestado emitido por médico de confiança da mulher, seria permitido o exercício das atividades mesmo durante o período gestacional. Tratando-se do período de lactação a regra era que, independentemente do grau de insalubridade, a mulher fosse afastada do emprego, a não ser que ela apresentasse voluntariamente atestado médico emitido por profissional da sua confiança. Essa Medida Provisória foi afastada, vigorando, atualmente, a letra fria do artigo 394 - A da CLT (BRASIL, 1943).

Sobre o trabalho das gestantes e lactantes em locais insalubres, várias foram as críticas, mesmo após a Medida Provisória. A primeira crítica a ser feita é a condição de vulnerabilidade da mulher frente ao seu empregador, pois essa necessita do emprego para a manutenção da sua sobrevivência. Portanto, considerando esse contexto, o assédio e a pressão para a continuação da relação empregatícia em locais insalubres se fazem de forma recorrente, sentindo a empregada o dever de continuar o seu trabalho, mesmo que para isso tenha que colocar a sua saúde e a do feto em risco. Secundariamente, é possível fazer uma crítica em relação a expressão “médico de sua confiança”. Este profissional, geralmente, não terá acesso ao ambiente de trabalho da mulher, não sendo possível, então, um juízo de valor da parte dele para atestar ou não a possibilidade de continuidade do trabalho. Por fim, esse artigo transfere para a empregada, parte vulnerável da relação, o ônus da prova que o local é impróprio para o exercício da relação empregatícia.

Fazendo ainda uma comparação o período pré e pós reforma trabalhista, antes da alteração implementada pela Lei 13.467/2017, a mulher tinha direito a dois intervalos remunerados, de meia hora cada um, para fins de amamentação. Os intervalos eram concedidos até os 06 (seis) meses de idade da criança. A novidade acrescentada pelo diploma normativo em questão é que a concessão de dois intervalos especiais de meia hora cada será definido em acordo individual entre a mulher e o empregado, de forma que melhor atenda os interesses das partes. Essa flexibilização da norma trabalhista, considerando mais uma vez o local de vulnerabilidade da empregada, traz a possibilidade de restrição ou supressão de direitos previstos.

Por fim, a Lei da reforma trabalhista trouxe alguns pontos que não podem ser negociados em convenções ou acordos coletivos. São eles: a licença maternidade (esta deve durar no mínimo 120 dias, inclusive no caso de adoção) e a proteção do mercado de trabalho da mulher,

com incentivos específicos, garantidos por lei. Em relação a esses pontos, nota-se uma maior tutela jurídica, o que impede a supressão de tais direitos pelos empregadores.

5 IMPACTOS PÓS REFORMA TRABALHISTA NO TRABALHO DA MULHER

Os impactos imediatos, assim como os impactos de longo prazo, resultam em uma maior precarização do trabalho. Essas consequências afetam todos os trabalhadores, mas tem tendência de afetar grupos vulneráveis na sociedade, já hipossuficientes em direitos. A reforma trabalhista, se tivesse como objetivo um impacto positivo na igualdade entre gêneros, poderia ter previsto um aumento da licença paternidade, por exemplo. O aumento do lapso temporal da licença paternidade teria como fundamento a maior divisão na criação e cuidados do recém-nascido.

Ademais, uma licença com o um tempo mais igualitário para ambos sexos poderia ser um fator para diminuir a discriminação das mulheres em idade fértil. Isso é importante porque os direitos que se direcionam a mulher e o bebê faz com que a mulher seja vista como uma força de trabalho “cara” no mercado, fazendo com que o empregador ao ter que escolher entre uma mulher ou um homem em período fértil, escolha o homem, mesmo que as mulheres tenham uma maior qualificação.

Dois anos depois da sua aprovação, segundo dados do CAGED, a grande queda no desemprego prometida pelos elaboradores da reforma não veio. Do contrário, o que aumentou foi a precarização, com o aumento dos empregos informais e intermitentes, uma vez que a nova legislação apresenta aos empregadores uma maior facilidade nesse tipo de contratação. Infere-se, então, um estímulo do governo à contratação na ilegalidade, uma vez que a possibilidade de um empregador ser fiscalizado e sancionado é pequena. Nesse sentido, nota-se que o sistema de fiscalização trabalhista está em situação de precarização, com cortes orçamentários significativos a cada ano.

A prometida troca da diminuição de direitos por mais empregos, portanto, não se efetivou, posto que essa geração de vagas pela reforma nunca esteve pautada em dados empíricos. Trocam-se os empregos formais por ocupações precárias. Por outro lado, observa-se a tentativa do Governo de aumentar a competitividade da economia brasileira em um plano internacional através da redução no custo da mão de obra. Essa estratégia, por fim, compromete a dinâmica do mercado interno ao retirar a possibilidade de consumo desses trabalhadores.

A nível individual, o aumento da jornada de trabalho, bem como o avanço do modelo de trabalho intermitente e a diminuição dos intervalos, se traduzem em uma exploração maior da força de trabalho da mulher, pois as questões referentes à jornada tripla ainda são incidentes (MOTA, 2013). O “acordado com o patrão”, na prática, significa que em caso de desacordo prevalecerá o lado mais forte - o empregador (PEREIRA, 2018). Outro aspecto do impacto da reforma trabalhista ocorre no que tange ao trabalho intermitente. Se esta categoria tem impacto negativo para os trabalhadores de modo geral, para as mulheres é ainda mais evidente.

O trabalho intermitente cria um vínculo da empregada com a empresa, porém essa não tem uma garantia de salário e de jornada. No caso da gestante, o trabalho intermitente faz com que essa possa ser discriminada, sem que haja um meio protetcionista ou uma sanção para este fato. Para mais, o do direito à equiparação salarial também foi afetado. De acordo com a modificação ao art. 461, aumentam-se os requisitos para equiparação salarial, de forma que a trabalhadora que deseje fruir desse direito terá um ônus maior a comprovar. Dessa forma, aliada a falta de fiscalização, aumenta-se a discricionariedade do empregador no pagamento da verba salarial. Como já tratamos, o trabalho feminino é percebido como menos valioso. A reforma dos incisos, portanto, vai de encontro aos esforços mundiais para acabar com a discriminação salarial entre os gêneros.

Outro ponto polêmico diz respeito ao assédio moral e sexual. Antes, a indenização nesses casos era arbitrada pelo juiz, segundo sua livre motivação, uma vez que entendia ser preciso analisar as peculiaridades de cada caso. Atualmente, pela nova regra, há um teto indenizatório e os seus valores são firmados numa tabela, de acordo com o salário do empregado. Ora, se as mulheres estatisticamente já recebem menos que os homens pelas mesmas funções e em um panorama geral tendem a sofrer mais assédio; a consequência é uma indenização em um valor monetário menor. Resta entendido, então, que essa modificação na lei prejudicou com mais força às trabalhadoras.

Percebe-se, atualmente, a diminuição da judicialização dos casos trabalhistas (QUINTINO, 2019). Cabe então, a seguinte indagação: teria a reforma trabalhista encerrado os abusos e os assédios na relação empregatícia ou teria essa alteração legislativa dificultado o acesso à justiça? A supressão dos direitos impacta negativamente todos os empregados. No entanto, considerando o contexto socioeconômico atual, para as mulheres em especial, há um maior prejuízo devido: à dupla jornada, à discriminação evidente na diferença salarial, ao menor acesso às promoções, ao fato de ser a maior vítima de assédio moral e sexual no ambiente de trabalho.

6 CONCLUSÃO

O presente artigo durante todo o momento de sua produção visou relacionar o trabalho da mulher e as instituições da matéria direito trabalhista, sob uma perspectiva histórica e do direito comparado. É investigado como a mulher, após as grandes revoluções na Europa, passou a ser vista como força de trabalho — força essa na maior parte das vezes mais barata e precarizada. Esta diferença salarial com base no gênero perdura, com certa resistência e quase teima, até os dias atuais.

No entanto, a Constituição de 1988 é um marco fundamental na luta das mulheres brasileiras por direitos trabalhistas. Tal conquista deve-se ao trabalho de um grupo de mulheres deputadas que, unindo-se contra a maioria parlamentar à época foram sujeitas a um escrutínio injustificado e desmedido por parte da sociedade. Tendo obtido êxito na maioria das suas

reivindicações, figuram entre as conquistas, à época, a asseguaração da igualdade salarial, por meio da vedação ao discrimine e do aumento da licença maternidade para 120 dias, com fins de propiciar o exercício dos direitos reprodutivos de forma digna, com atenção às especificidades femininas.

Existem críticas à técnica legislativa por parte de setores da discussão, que consideram a garantia de mais direitos prejudicial ao mercado e à economia. As críticas, no entanto, restam desprovidas, fundamentando-se a análise principiológica na própria perspectiva protecionista que baliza o direito do trabalho. Assim, garantir um maior controle de sua situação e ambiente de trabalho às mulheres trabalhadoras, em sua situação duplamente hipossuficiente de direitos, alicerça-se em última instância no princípio da dignidade humana, tido por autores constitucionalistas como Dirley da Cunha Júnior (2019, p. 551) como o fim maior do Estado: a garantia de direitos fundamentais.

A reforma trabalhista, com base no que foi demonstrado neste trabalho foi um marco de retirada de direitos arduamente conquistados, em desconsonância as disposições da nossa Carta Magna. Sobre os impactos da reforma, tem-se visivelmente a obstaculização do acesso à justiça. Como meio de intervenção nesse ciclo de discriminação, este trabalho visa propor a criação de leis que criem incentivos de contratação as mulheres, com o intuito de emancipação destas trabalhadoras. Ademais, faz-se imprescindível, também, a criação de políticas que objetivem uma mudança de consciência na população, que está evidencie os direitos próprios da maternidade como uma tutela do recém-nascido, não unicamente da gestante. Para tanto, a extensão de direitos próprios da maternidade aos pais, é um meio de demonstração que o dever de criação dos filhos pertence a ambos os genitores. Alcançando, por fim, uma igualdade material entre os gêneros.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Editora LTr. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. [DECRETO-LEI Nº 5.452 (1943)]. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

BEAUVOIR, Simone De. **O segundo sexo**. 4 ed. São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1970. p. 125.

BLAY, Eva Alterman. 8 de março: conquistas e controvérsias. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol. 9, n. 2, 2001.

CAGED - Dez 2019. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 06 jul. 2020.

CAIRO JR., José. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 2. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2010.

LIMA, Verônica. **Reforma Trabalhista: a situação das mulheres - Bloco 10**, Brasília, ago. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/561199-REFORMA-TRABALHISTA-A-SITUACAO-DAS-MULHERES-BLOCO-10.html>. Acesso em: 09 nov. 2018.

MACHADO, Cecília. PINHO NETO, V. **The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil**. 2016.

MARANÓN, Gregorio. **Tres ensayos sobre la vida sexual**. 1926.

MONTEIRO, Ester. **Lobby do batom: marco histórico no combate à discriminações**, Brasília, abr. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/06/lobby-do-batom-marco-historico-no-combate-a-discriminacoes>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MOTA, Leiziane. **Jornada dupla ou tripla de trabalho sobrecarrega mulheres**, mar. 2013. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/reverso/jornada-dupla-ou-tripla-de-trabalho-sobrecarrega-mulheres/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

Mulheres ganham menos que os homens: diferença de 22,5%, diz IBGE, abr. 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/mulheres-ganham-menos-que-os-homens-diferenca-de-225-diz-ibge.html>. Acesso em: 08 nov. 2018.

PEREIRA, L.; ORSI, R. **Reforma trabalhista**. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2018.

QUINTINO, Larissa. **Após reforma, ações trabalhistas caem 34% em 2018**. jan. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/apos-reforma-trabalhista-acoes-trabalhistas-caem-34-em-2018/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

Reforma trabalhista: mudanças que afetam o trabalho das mulheres, São Paulo, nov. 2017. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/11/09/reforma-trabalhista-mulheres.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

UM ESTUDO SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES: ENTRE GERMÂNICOS E LUSITANOS

Gustavo Costa Macedo*

RESUMO: Este artigo possui o objetivo de estabelecer um diálogo entre Friedrich Carl von Savigny e Antunes Varela sobre a natureza jurídica das obrigações. Em ordem de desenvolver esta proposta o trabalho se vale da estrutura elementar do direito das obrigações romano, com especial destaque às diferenças existentes entre os períodos pré-clássico e clássico, de modo a estabelecer uma base comum que permita uma análise crítica das teses de ambos autores, mediante recurso a fontes diretas e bibliográficas. Dessa forma, demonstra-se como a natureza jurídica das obrigações molda os pilares da dogmática das relações obrigacionais, na medida em que determina a extensão e o modo de ser de seus conceitos. Com isso, o escrito verifica a influência do direito romano arcaico no trabalho de Friedrich Carl von Savigny e analisa o grau de relação do pensamento de Antunes Varela com o direito romano clássico.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza jurídica das obrigações; Friedrich Carl von Savigny; Antunes Varela.

ABSTRACT: This paper has the purpose to establish a dialogue between Friedrich Carl von Savigny and Antunes Varela about the nature of obligations. Therefore, to accomplish this objective this work uses the structural basis of roman law of obligations, with special attention to the preclassical and classical periods, in a way that becomes possible establish a commun basis to develop a critical analysis of both authors and theirs theories. With that, it is shown that a research about the nature of obligations manifests itself as one of the most relevants pillars of the obligations dogmatic, once this theme determines the concept and extension of those relations. Therefore, the paper shows Savigny's thesis has elements of influence of the primitive roman law of obligations and concludes that Antunes Varela's thoughts have, in some way, taken some of the concepts of roman classical law of obligations.

KEYWORDS: Nature of obligations; Friedrich Carl von Savigny; Antunes Varela.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito das obrigações em F. C. von Savigny; 3 A natureza do direito das obrigações em Antunes Varela; 4 Entre lusitanos e germanos, *Senatus Populusque Romanus est*; 5 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação obrigacional é um dos elementos mais relevantes da história e da dogmática do Direito Privado. Naturalmente, pela amplitude de possibilidades e pela generalidade dos seus termos, a estrutura constitutiva das obrigações desperta por si só um grau elevado de questões e teses controvertidas. Isso se dá principalmente porque o modo de ser das

* Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

obrigações tende a provocar certos efeitos em face das ações dos particulares. Entretanto, não é apenas a consequência da inexecução que interessa à relação obrigacional, mas também a fonte em razão da qual ela nasceu. A resposta aos questionamentos fundamentais da natureza das obrigações tende, portanto, a guiar não somente o desenvolvimento dogmático dessas relações jurídicas, mas também a preencher os seus respectivos conteúdos, especialmente na medida em que surjam do contrato ou do delito.

Com efeito, se se admite a existência de um direito do credor à prestação devida, isso se dá em função de uma estrutura conceitual e fundamental de pensamento. Imaginar essa relação de outra forma que não esta é, por imperativo, alterá-la em seu modo de ser.

Se, por exemplo, se expressa esse crédito como o direito geral do credor, condicionado ao inadimplemento, sobre os bens do devedor, o raciocínio sobre o crédito privilegiará não o cumprimento específico da obrigação, mas sim a penhora e alienação de bens, na medida em que o objeto do direito subjetivo volta-se ao patrimônio. Sendo assim, a maneira com a qual se vê a natureza das obrigações modifica a sua estrutura fundamental constitutiva. Se, portanto, ao Direito Privado compete o estudo das relações entre particular e estas se materializam corriqueiramente nos delitos e nos contratos¹, segue-se que a solução da estrutura semântica mínima para a constituição de uma relação obrigacional é um pressuposto de método irreparável à sistemática privatística. Justamente por isso o estudo da natureza das obrigações é tão basilar ao direito pessoal comum, uma vez que qualquer conceito sobre o crédito ou sobre as prestações devidas deve alinhar-se a um quadro geral da utilidade e finalidade mesmas da obrigação.

É, precisamente com atenção a este problema que se pretende estabelecer uma análise crítica ao estudo de Antunes Varela e de Friedrich Carl von Savigny sobre a natureza das obrigações. Com isso, este trabalho almeja auxiliar no desenvolvimento da dogmática do direito das obrigações, ao passo em que, estabelecendo uma comparação entre F. C. von Savigny e Antunes Varela, aprofunda e expõe alguns conceitos estruturais às relações entre privados.

A reflexão proposta exige, pela própria função, uma breve revisão bibliográfica, a ser desempenhada por ocasião dos pontos dois e três deste artigo. Ambos apresentarão um desenvolvimento perfunctório dos elementos da obrigação, de modo a se passar do estudo da natureza das obrigações em F. C. von Savigny para o pensamento de Antunes Varela. Uma vez concluída a revisão, no ponto quatro irá se estruturar uma linha de reflexão entre os referidos autores à luz do material comum do direito das obrigações romano.

2 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES EM F. C. VON SAVIGNY

Além de seu conhecido Sistema de Direito Romano Atual, Friedrich Carl von Savigny possui uma relevante obra sobre o direito das obrigações (LARENZ, 2005, pp. 12-15; SAVIGNY, 1885). Trata-se de dois volumes intitulados “*Das Obligationenrecht als Theil des*

¹ O recurso à classificação de Gaio é meramente ilustrativo.

heutigen römischen Rechts”, traduzidos para o francês sob o título “*Le droit des obligations*”. O primeiro tomo (SAVIGNY, 1863a) divide-se em quatro capítulos principais e diversas subclassificações, sendo eles: “*Idée de l’Obligation*”²; “*Diverses Espèces d’Obligations*”; “*Personnes Parties Dans l’Obligation*”; “*Objet de l’Obligation*”. O segundo tomo (SAVIGNY, 1863b), por sua vez, estrutura-se, baseado na doutrina da fonte das obrigações, em: “*Contrat*” e “*Délit*”. Neste artigo, pela afeição temática, será utilizado principalmente o primeiro capítulo do primeiro volume do escrito.

O pensamento de Friedrich Carl von Savigny é marcado pela necessidade geral de um desenvolvimento sistemático de compreensão do direito (MORAES, 2018, p. 94; SAVIGNY, 1863b, p. 138), mediante o qual o sistema do direito deveria se separar em uma parte especial e outra geral, que lhe confira uma base comum (SAVIGNY, 1863a, p. 14).

A necessidade de uma tal estrutura varia de acordo com a natureza dos institutos³ (SAVIGNY, 1885, p. 66) que a compõem. Assim, se ao direito de família, ao direito das coisas e das sucessões deve ascender uma teoria geral, isso se mostra mais evidente no direito das obrigações, pois enquanto naquelas relações a vontade tende a limitar as suas próprias possibilidades, nestas últimas tende a multiplicá-las, seja em função do tempo ou do espaço (SAVIGNY, 1863a, pp. 14-15). O variado número das obrigações deve ser visto senão como casos isolados de uma longa experiência, a qual se sedimentou, pela frequência e importância, na estrutura do direito (SAVIGNY, 1863a, p. 15). O desenvolvimento de tal estrutura sistemático-histórica se fundamenta na Escola Histórica protagonizada pelo autor, cujas principais proposições indicam, em geral, que a ordem jurídica é nada além do acúmulo historicamente manifestado das pretensões jurídicas no tempo, o qual se põe e evolui tal qual a linguagem de um povo.

Um juízo sobre o direito não seria, portanto, verdadeiro senão quando derivasse de uma relação de direito (SAVIGNY, 1885, p. 65), a qual se anuncia na relação de pessoa a pessoa segundo uma regra jurídica que assegura a independência de vontade de cada indivíduo (SAVIGNY, 1885, p. 258). A compreensão do modo de ser dessa regra é que determina a extensão da afetação da vontade alheia sobre outra. Assim, é a regra de direito que tem o condão de estabelecer o liame entre os sujeitos que integram a ordem nacional.

Dos vários modos de afetação da vontade existentes, o particular às obrigações se materializa na regra de direito que determina uma relação de dominação de uma certa pessoa sobre os atos isolados de outra, o que provoca nesta última uma restrição à liberdade de agir em razão de uma convenção ou delito. A obrigação não se constitui propriamente em uma dominação total da liberdade de alguém, já que, por necessidade lógica, isso implicaria na absorção de sua personalidade (SAVIGNY, 1863a, p. 16), mas antes acusa um poder de senhorio sobre uma parcela das ações de um devedor. O ponto capital da obrigação em F. C. von Savigny é, portanto, a relação entre a restrição da liberdade do devedor vinculado à

² *Natur der Obligationen* no original.

³ Savigny compreende por instituto o direito geral, também entendido como direito objetivo, manifestado principalmente na regra promulgada pela autoridade suprema de um Estado.

prestação e a liberdade natural do credor de exercer coerção pela *actio* (SAVIGNY, 1863a, 1885). Os casos de execução forçada, a despeito de integrarem a natureza das obrigações, apresentam-se apenas como hipóteses isoladas em relação à liberdade natural dos sujeitos credor e devedor (SAVIGNY, 1863a, p. 18).

Se, portanto, a servidão limita a liberdade natural da propriedade, as obrigações limitam de modo análogo a liberdade da pessoa do devedor (SAVIGNY, 1863a, pp. 18-20). Assim: “*l’essence des obligations nous apparaît comme la transformation d’actes qui, jusque-là, devaient être considérés comme des événements futurs et incertains, en événements nécessaires et certains*” (SAVIGNY, 1863a, p. 21). Ou seja, sendo restrições à liberdade própria das partes, as obrigações transformam as condutas meramente contingentes, individuais e aleatórias em atos certos e necessários ao direito comum. Há, por conseguinte, uma correlação entre a restrição da liberdade pessoal do devedor e a extensão da liberdade atribuída ao credor (SAVIGNY, 1863a, p. 23), a qual se explica através da imagem de uma ligação ou liame entre um e outro (SAVIGNY, 1863a, p. 26). Não obstante, segundo F. C. von Savigny, o conteúdo desses direitos pessoais somente pode preencher-se de fatos de natureza exterior aos sujeitos que compõem a relação jurídica. Desse modo, somente podem ser vinculados à ideia mesma de obrigação aqueles atos passíveis de conversão em pecúnia (SAVIGNY, 1863a, pp. 22-23).

Com efeito, para Savigny a fonte mais relevante do direito das obrigações é o contrato (SAVIGNY, 1863a, p. 149). Justamente por isso, a investigação do aspecto pessoal das obrigações pauta-se no modelo do contrato (SAVIGNY, 1863a, p. 149). Precisamente por esse motivo, a disposição relacional entre os sujeitos é estabelecida por força de um fato ativo ou passivo do sujeito de direito, o qual se aplica a pessoas determinadas (SAVIGNY, 1863a, p. 150). Há, dessa maneira, uma estrutura que dispõe as pessoas umas com as outras em razão de determinados atos isolados. A variação desses atos ou desses sujeitos tende a compor o conteúdo dessa relação, de modo a alterá-la em seus efeitos.

Essa modificação é muito clara nos casos de pluralidade subjetiva. A princípio, ela faz a obrigação decompor-se em tantas obrigações isoladas e determinadas quanto numerosos os sujeitos que a integram, de modo que a promessa de pagar cem moedas a dois credores equivalha a duas obrigações de pagar a cada qual cinquenta moedas (SAVIGNY, 1863a, p. 155). Essas duas obrigações terão de comum apenas o fato de nascerem acidentalmente no mesmo momento (SAVIGNY, 1863a, p. 156). Entretanto, de modo excepcional, podem os interessados estabelecer tratamento diverso, de maneira tal que todos se obriguem, sem divisões, pelo todo (SAVIGNY, 1863a, p. 156). A origem desse fenômeno, comum à *stipulatio* romana, é tratado por F. C. von Savigny como correalidade, nomenclatura extraível das expressão de origem romana *correus* (simultaneidade de reus). Savigny afasta o uso de termo *in solidum obligari* sob o fundamento de que, tratando-se de expressão demasiadamente vaga, não esclarece a excepcionalidade da não aplicação do *concurso partes fiunt* (SAVIGNY, 1863a, pp. 158-159). A correalidade descrita pelo autor consiste, por conseguinte, na resposta à seguinte questão: havendo várias pessoas, será dividida a obrigação (SAVIGNY, 1863a, p.159)?

De todo modo, das partes integrantes da natureza das obrigações, uma das mais relevantes, porque compõem o próprio conteúdo da obrigação, é o seu objeto, a prestação. O seu conceito espelha a própria natureza das obrigações e, por isso, compõe-se na submissão de atos isolados de uma pessoa a uma vontade estranha (SAVIGNY, 1863a, p. 324). Assim, o seu conteúdo pressupõe, logicamente, o poder de um sujeito sobre uma parcela de liberdade alheia. A forma de ser desse poder varia a depender da estrutura da submissão do devedor. Sistemáticamente o estudo da prestação tende a classificá-la e dispô-la em: a) prestações positivas e negativas; b) prestações instantâneas e contínuas; c) prestações divisíveis e indivisíveis; d) prestações possíveis e impossíveis; e) prestações determináveis e indetermináveis; f) o lugar da prestação; g) o tempo da prestação.

Essa é, pois, a estrutura dogmática geral do conteúdo das obrigações para F. C. von Savigny. Este é o modo pelo qual a disposição da liberdade de uma pessoa é restringida pela submissão a uma vontade estranha (SAVIGNY, 1863a, p. 324). Enquanto, pois, a conduta do devedor denota a essência própria da obrigação, a posição do credor exhibe uma natureza meramente acessória, uma vez que o modo comum de extinção das relações obrigacionais é o cumprimento voluntário do devedor e que, somente se este não se verificar, é que se dará nascimento à *actio* (coerção) do credor (SAVIGNY, 1863a, p. 17). O *locus* da natureza das obrigações neste autor é, assim, o da “permuta de liberdades” que surge pela exteriorização dos atos humanos, a qual demonstra algo próximo do *dominium*, embora dele distinto, pois não se volta à *res* mas às ações individuais do devedor.

Sendo dessa forma, o desenvolvimento de uma leitura comparada das noções de natureza jurídica das obrigações entre F. C. von Savigny e Antunes Varela deve, antes de tudo, fincar-se na forma de ser do poder jurídico do credor sobre o devedor na relação obrigacional.

3 A NATUREZA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES EM ANTUNES VARELA

Se para F. C. von Savigny a obrigação tem como aspecto fundamental a restrição da liberdade do devedor, Antunes Varela considera que “diz-se obrigação a relação por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outros) a realização de uma prestação” (VARELA, 2000, p. 62). A relação obrigacional para este último é, portanto, uma correlação entre o direito subjetivo de um determinado (ou determinados) sujeito(s) de exigir o desempenho de uma conduta em relação a outro. A obrigação abrange, assim, um conjunto, no qual integram, ao menos, as noções de direito subjetivo e dever jurídico (VARELA, 2000, p. 63).

Os seus elementos constitutivos são os sujeitos da relação, o objeto e o vínculo jurídico que os une (VARELA, 2000, p. 73). O credor é, então, aquele sujeito ativo que titulariza o interesse (patrimonial, espiritual ou moral) a ser satisfeito pelo dever de prestar (VARELA, 2000, p. 75). O devedor, por sua vez, é “a pessoa sobre a qual recai o dever (específico) de efectuar a prestação” (VARELA, 2000, p. 74). Notável é o fato de se encontrar o credor em uma relação de supremacia em relação ao devedor (VARELA, 2000, p. 74), na medida em que este subordina-se juridicamente (e não necessariamente social ou politicamente) àquele ao estar

adstrito ao atendimento de um interesse específico, que se manifesta por meio da prestação devida. Este último elemento, isto é, a prestação, constitui, por conseguinte, o fulcro da própria obrigação (VARELA, 2000, p. 79), na medida em que se materializa em uma atividade ou ação do devedor, também podendo ser uma abstenção, uma omissão ou uma permissão (VARELA, 2000, p. 79). Distingue-se a obrigação do dever geral de abstenção dos direitos reais justamente pela especificidade que lhe é característica (FREITAS, 1876, p. XCIII; GOMES, 1986, p. 138).

A classificação das prestações estrutura-se em função de sua forma exterior de ser. Serão de fato as prestações que, ativa ou negativamente, exaurirem a obrigação pelo desempenho de uma dada conduta (VARELA, 2000, p. 83), ao passo em que serão de coisa as prestações que venham a pressupor, além de uma conduta em si, a entrega, quando se tratar de transferência de posse ou detenção, ou a dação (*dare*), quando deve ocorrer uma definitiva alteração de um direito real sobre coisa, seja ela atual ou futura (VARELA, 2000, p. 89). Principalmente se se tratar de prestação de coisa é, ainda, útil a divisão entre objeto imediato e mediato, conforme se refira ou não à conduta em si ou à coisa devida (VARELA, 2000, p. 79). Podem, ainda, ser instantâneas ou duradouras, sendo, estas últimas, subclassificadas entre continuadas, quando se prolongam ininterruptamente pelo tempo, ou de trato sucessivo, quando são devidas na medida do decurso do tempo uma série de prestações singulares sucessivas (VARELA, 2000, pp. 92-93). É comum, nesse sentido, que as prestações de fato negativo tendam a ser continuadas (VARELA, 2000, p. 93).

O outro elemento que estrutura e corporifica espiritualmente a obrigação é o *vinculum iuris*. Sua natureza é de tal relevância que Varela chega a afirmar que se trata do “núcleo central da obrigação”, no qual “reside o cerne do direito de crédito” (VARELA, 2000, p. 109). É no vínculo jurídico que se mostra a dinâmica da subordinação entre o devedor e o credor, através da qual este de tem o direito de exigir daquele a prestação devida (VARELA, 2000, p. 128). O vínculo se manifesta, dessa forma, por meio da conjugação de três elementos fundamentais (VARELA, 2000, p. 115). O primeiro deles é o direito à prestação, o qual se expressa na ideia de que o *reus credendi* não é um mero titular de um interesse juridicamente tutelado, mas, além disso, é titular da “tutela do interesse” (VARELA, 2000, p. 116), que o imbuí do poder jurídico de exigir o comportamento devido. O segundo elemento é, nesse sentido, o dever do devedor de prestar, o qual se consubstancia na necessidade imposta pelo direito ao devedor de cumprir a prestação devida (VARELA, 2000, p. 118). O terceiro e último elemento é a garantia que materializa a sanção pelo descumprimento, que, em geral, é o patrimônio do devedor.

A garantia, por certo, suscita a questão controversa (ALVES, 2014, p. 383; BONFANTE, 1929, p. 375; DANTAS, 1983, p. 26; GOMES, 1984, p. 21; MIRAGEM, 2015, p. 56; PEREIRA, 2016, p. 19) da patrimonialidade do direito das obrigações (VARELA, 2000, p. 101)⁴. Os romanistas mais tradicionais, inclusive F. C. von Savigny (SAVIGNY, 1863a,

⁴ Note-se que na nota de rodapé nº 1 da página 101 do Volume I do curso Das Obrigações em Geral, Antunes Varela cita diretamente Savigny, e comenta sobre o alemão que este: “parece justificar o requisito com a ideia de que só os actos com valor patrimonial podem ser sujeito à vontade de outrém (o credor)”.

1885), baseados no fragmento do Digesto⁵ segundo o qual “*ea enim in obligatione consistere quae pecuni sui praestarique possunt*”, indicam, em geral, que somente obrigações que tenham cunho pecuniário são de fato obrigações em sentido estrito. Não obstante, segundo Antunes Varela, não há sentido nesse tipo de pensamento, pois assim o fosse não se daria proteção legal a uma série de relações habituais como aquelas de fundo intelectual ou artístico (VARELA, 2000, p. 102). Para o português, o fato de não ser viável a execução indireta no patrimônio do devedor não induz necessariamente à impossibilidade de o credor de interesse não patrimonial exigir o seu crédito (VARELA, 2000, p. 105). Basta-lhe, pois, que a prestação corresponda a um interesse verdadeiro do credor e que esse interesse seja digno de proteção legal (VARELA, 2000, p. 107).

O cumprimento das obrigações, de fundo pecuniário ou não, seria, assim, a prestação voluntária da prestação devida (VARELA, 1997, p. 7). Como somente o devedor encontra-se vinculado em face do credor, não há propriamente que se falar em um cumprimento da prestação por terceiro, dando-se o mesmo na execução compulsória, pois somente o devedor está vinculado ao dever de prestar (VARELA, 1997, p. 8). O cumprimento das obrigações, enquanto causa principal de extinção da relação, se dá, portanto, por uma atuação de satisfação do interesse do credor (VARELA, 1997, p. 9). Justamente por isso, o adimplemento deve ser lido como a orientação final da obrigação (VARELA, 2000, p. 67; SILVA, 2006, p. 17), de tal modo que não é suficiente o mero desempenho formal da prestação devida (VARELA, 1997, p. 11).

A obrigação pressupõe deveres de prestação de natureza principal, primária ou típica (VARELA, 2000, p. 122), que designam a “essência” de cada contrato, ou dever de indenizar nos ilícitos extracontratuais (VARELA, 2000, p. 122), e, por vezes, possui certas prestações secundárias ou acidentais, as quais são compostas não só de deveres necessários ao preparo da prestação principal, mas também de deveres substitutivos ou complementares, como os de pagamento de danos advindos do cumprimento defeituoso (VARELA, 2000, p. 122). A influência de Hartmann e Larenz faz Varela propor que a compreensão da obrigação é dada em um processo (MARTINS-COSTA, 2018, p. 233; SILVA, 2006, p. 1), o qual é por natureza mutável no tempo e orientado a um certo fim.

A noção de obrigação como um processo (*ein Gefüge*) é antecedida e, em certo sentido determinada, pela ideia de que a relação obrigacional é uma soma superior às partes que a compõem (LARENZ, 1958, pp. 38-40). A base dessa leitura consiste na destinação natural da obrigação à satisfação do interesse de prestação do credor, o qual mantém no tempo como fundamento jurídico das prestações realizadas (LARENZ, 1958, pp. 40-41). Daí a tese de que há certos deveres de conduta que acompanham o desenvolvimento da relação obrigacional seja de modo dependente ou não aos deveres de prestação (VARELA, 2000, p. 126).

A partir desse ponto, demonstrados os elementos para compreensão da relação obrigacional, é possível a apresentação da compreensão específica de Antunes Varela sobre a

⁵ D. 40, 7, 9.

natureza das obrigações. A pergunta que ele suscita é simples, qual seja: “em que consiste a essência da relação creditória?” (VARELA, 2000, p. 132).

A primeira possibilidade apresentada por Varela, com voga especial nos italianos e franceses, é a tese de que a obrigação é um poder específico do credor sobre os bens do devedor. O fundamento basilar dessa proposta é o de que se o devedor não pode ser coagido fisicamente a prestar, então, em verdade, o credor não tem perante o devedor algo além da expectativa sobre a prestação, ao passo em que possui um direito certo sobre os seus bens se o inadimplemento se verificar (VARELA, 2000, p. 137). Com efeito, o erro dessa tese é confundir “a substância do direito de crédito, a direção principal e originária da obrigação, com sua sanção” (VARELA, 2000, p. 140). De outro modo, no final do século XIX, Eugène Gaudemet propôs que a relação obrigacional é não uma relação entre pessoas, mas antes uma relação entre patrimônios (MARTINS-COSTA, 2018, p. 222; VARELA, 2000, p. 141). Ora, se as obrigações devam ou não ter conteúdo exclusivamente patrimonial já é algo, para Varela, passível de certo debate, então a completa exclusão da personalidade do conteúdo das obrigações o seria mais ainda. É nesse sentido que Antunes Varela considera que a confusão entre o patrimônio e os sujeitos da relação obrigacional é nada além que a subversão do sentido da obrigação (VARELA, 2000, p. 143).

Certamente, a responsabilidade patrimonial segue o débito como uma sombra segue um corpo (LARENZ, 1958, p. 34). O debate sobre a autonomia entre um e outro conceito levou a doutrina alemã à criação da distinção entre o *Schuld* (*debitum*) e *Haftung* (*obligatio*) (VARELA, 2000, p. 143). O *debitum* diria respeito à “relação pessoal entre credor e devedor”, cujo efeito determinaria a exclusão da *condictio indebiti* pela ocasião da coincidência entre o dever de prestar e o direito à prestação (VARELA, 2000, p. 144). O credor possuiria, assim, uma expectativa jurídica consubstanciada na *solutio retendi* quanto ao desempenho da prestação devida (VARELA, 2000, p. 145). Naturalmente, se a responsabilidade e o débito são fenômenos diversos, é possível que um exista sem o outro, sendo exemplos desses casos as obrigações naturais e fiança (VARELA, 2000, p. 146).

Malgrado tenha essa proposta bastante incurso na dogmática privatística, Varela a toma como um caso de inadequado de desmembramento da relação obrigacional. Isso se daria por duas circunstâncias (VARELA, 2000, p. 151): a) a responsabilidade não se constitui sem uma dívida correspondente, mesmo que condicional ou futura; b) se extinto o débito, extingue-se a responsabilidade.

Antunes Varela propõe, então, que a obrigação deva ser compreendida, em uma acepção clássica⁶, como uma relação unitária de direito pessoal, na qual uma determinada conduta é devida a alguém (VARELA, 2000, p. 154). Se, por certo, as teses anteriores chamaram a atenção para a estrutura fundamental da garantia, de outro lado esqueceram-se que a sanção é subsidiária em relação ao direito à prestação. Isso porque a soma das parcelas que compõem a relação

⁶ O uso pelo próprio autor do termo “clássico” é um indício para as conclusões propostas no próximo item deste artigo.

obrigacional não pode ser tidas como apartadas umas das outras, já que são antes um todo teleologicamente organizado (VARELA, 2000, p. 156).

A estrutura fundamental das relações obrigacionais pressupõe, portanto, uma unidade ontológica, por meio da qual o conteúdo do direito à prestação coincide, enquanto objeto, com a ação creditória (VARELA, 2000, p. 157). Essa unidade tem por função primordial o atendimento dos interesses objetivos do credor (VARELA, 2000, p. 158).

4 ENTRE LUSITANOS E GERMANOS, *SENATUS POPULUSQUE ROMANUS EST*

A natureza jurídica das obrigações corresponde, como se pode perceber a partir deste ponto, não apenas às opiniões dos autores sobre o que vem a ser uma relação obrigacional. Antes, o empreendimento desta questão pressupõe uma pesquisa acerca da estrutura fundamental que organiza as características basilares das relações obrigacionais. Assim, propor que a obrigação é “x” ou “y” é, por necessidade conceitual, excluir ou incluir determinadas possibilidades de sentido. Daí a relevância do questionamento sobre a natureza dos institutos nas ciências do espírito. Trata-se não propriamente de uma envereda metafísica, em busca dos entes em si, mas de um acordo semântico fundamental sobre o que pode ser e o que não pode ser parte do fenômeno estudado. Compreender, assim, a natureza da relação obrigacional é dizer propriamente aquilo que compõem todas as obrigações. Fazê-lo, portanto, em ordem de estabelecer uma relação entre Antunes Varela e F. C. von Savigny, exige um material comum, com o qual ambos poderiam em tese trabalhar.

Analisar, por exemplo, a ideia de deveres anexos de conduta ou da estrutura do *Treu und Glauben* em Savigny para então estabelecer uma conexão direta com Varela, não possui completa acuidade temporal, já que o primor do desenvolvimento dogmático da boa-fé objetiva (ao menos da forma em que é trabalhada pelo português) se deu por ocasião do século XX, em especial após a publicação do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Concluir, portanto, um diálogo entre essas formas de pensar a obrigação pressupõe o uso teórico do material de fundo do direito privado ocidental. Assim, seja pela tradição da escolástica medieval ou pela recepção nos países de origem germânica (RADBRUCH, 1999, p. 68; WIEACKER, 1967, p. 97), o desenvolvimento desta proposta exige o uso do direito romano (MORAES, 2017, p. 12).

Uma das noções antigas do que vem a ser uma obrigação fora apresentada por Justiniano, em suas Institutas, na forma da seguinte proposição: “*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae ciuitatis iura*” (GAIUS, 1950, pp. 92-93; KASER, 2011, p. 191; ZIMMERMANN, 1996, p. 1)⁷. Essa estrutura fundamental conclui na obrigação um vínculo jurídico e, portanto, um elemento ideal que adstringe um dado sujeito, chamado *creditor*, a outro, chamado *debitor*, por força do direito civil (SAVIGNY, 1863a, p. 27)⁸. O verbo *credere*, enquanto parte integrante do sentido mesmo

⁷ Cf.: Paul. D. 44, 7, 3 pr.

⁸ Como destaca Savigny, essa nomenclatura desenvolveu-se com o tempo, pois nas épocas primitivas, valiam-se os romanos do termo “*reus*” para designar tanto credores quanto devedores.

da relação, denotava, pois, uma noção de *certum dare*, desdobrando-se, por isso mesmo, em dois elementos-chave: dar-algo e dá-lo com segurança ou certeza (MARTINS-COSTA, 2018, pp. 63-64). Assim, uma obrigação, enquanto jurídica, exige que um alguém se vincule a outrem, em razão de algo objetivamente dado (ALVES, 2014, p. 381; BONFANTE, 1929, pp. 374-375; JÖRS; KUNKEL, 1965, p. 234). Se algum desses elementos faltar, ou nunca houve obrigação ou por motivo superveniente ela deixou existir validamente.

Em sua origem romana, apesar de haver certa controvérsia sobre esse ponto (IGLESIAS, 1965), o direito das obrigações preocupou-se substancialmente com a responsabilidade advinda do cometimento de um delito privado (KASER, 2011, p. 192; ZIMMERMANN, 1996, p. 4). O delito submetia o ofensor à apreensão do ofendido e concedia a este o direito de vida e morte sobre aquele. Nesse sentido, Iglesias ensina que a obrigação é uma “atadura da própria pessoa, uma submissão pessoal ao poder - *manus* - do credor” (IGLESIAS, 1965, p. 350)⁹. É, pois, em razão da submissão geral¹⁰ à *manus* que nasce a restrição da liberdade do *obligari* (devedor). Daí o motivo pelo qual se diz que a responsabilidade se antepunha no direito romano arcaico e se propõe que o *obligatus* era senão alguém submetido ao interesse do credor, materializado no cumprimento da prestação devida (IGLESIAS, 1965, p. 351; ZIMMERMANN, 1996, p. 4). Máxime desse processo é a controversa figura do *nexum*, que teria sido uma das primeiras formas contratuais romanas. A sua estrutura seria a de criação de uma ligação entre dois sujeitos, sob a garantia de constituição de “penhor sobre si mesmo” dada pelo devedor ao credor, o que fundamentaria a execução sobre o corpo e a dominação sobre a pessoa do devedor (ALVES, 2014, pp. 478-479; IGLESIAS, 1965, pp. 351-352; ZIMMERMANN, 1996, pp. 4-6).

Já no desenvolvimento das ações da lei, se um delito fosse, então, cometido e condenado fosse o ofensor, teria ele trinta dias justos (*dies iusti*) para pagar uma expiação, comumente em *pecunia* (cabeça de gado), sob pena de o credor, pronunciando palavras solenes¹¹, tomar-lhe o corpo para matá-lo ou vendê-lo como escravo no estrangeiro. Assim determinava, segundo a opinião prevalecente, a Lei das XII Tábuas (III, 6). Na ausência de acordo com o credor e ou de pagamento da dívida, seria restringida ou a liberdade ou a vida do devedor. A possibilidade de *concurso partes fiunt* concedia, inclusive, a cada credor um direito subjetivo às partes do corpo do credor na proporção de seus créditos.

Este tipo de responsabilidade firmava-se através da *legis actio sacramento in personam*¹², mediante condenação ou confissão da dívida, e se seguia pela via executiva da *manus iniectio* (ALVES, 2014, p. 213; KASER, 2011, p. 192). Assim, passou-se da vingança

⁹ Tradução livre do espanhol.

¹⁰ O termo “geral” é utilizado para se realizar uma distinção entre aqueles que estavam na circunscrição do poder pátrio (filhos-família, mulheres *in manu*, pessoas *in mancipio* e escravos) e aqueles que se submetem ao jugo do direito subjetivo de um cidadão-credor.

¹¹ “Quod tu mihi iudicatus (siue damnatus) es sestertium X milia, quodoc non soluisti ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio”.

¹² Em sentido extremamente amplo e meramente didático, se trataria do que hoje se entende por ação declaratória.

privada para a remissão do delito pela via da pena alternativa expiatória, especialmente em razão dos conflitos *inter ordines* protagonizados pelos patrícios e plebeus.

O direito romano fixou, então, as bases das obrigações na noção de uma ligação (*ob.ligatio*) entre o sujeito que deve algo àquele que pode exigir-lo. Daí a imagem de um liame (ZIMMERMANN, 1996, p. 5) entre duas pessoas, atando-as, figurativamente, como cordas amarram laços (JÖRS; KUNKEL, 1965, p. 234). A obrigação vem a estabelecer uma conexão de grande potencial entre, ao menos, dois sujeitos, um passivo e outro ativo, “segundo o direito de nossa cidade” (CORREIA; SCIASCIA, 1949, p. 199)¹³, pela qual se deve desempenhar uma conduta constituída em um *dare, facere aut praestare oportet*, resguardada por uma *actio in personam* (BONFANTE, 1929, pp. 115-120)¹⁴. A natureza de vínculo dessas relações jurídica se manifesta de tal maneira que a forma normal de sua extinção é a “libertação” do devedor pelo verbo “*solvere*”, a qual não corresponde necessariamente à ideia de cumprimento. Tanto assim, que a forma de extinção *solutio per aes et libram* era utilizada também para casos de remissão (ALVES, 2014, p. 450; KASER, 2011, p. 296; TALAMANCA, 1990, pp. 639-640).

A queda da *manus iniectio* se deu por ocasião da *Lex Poetelia Papiria de nexis* (provavelmente no ano de 326 antes de Cristo) que, em via de regra, limitou a condenação do devedor inadimplente àquilo que, com seus bens, poderia pagar (LARENZ, 1958, p. 33). Diante dessa modificação, a responsabilidade começou a sofrer certas restrições ainda mais vigorosas, especialmente com o aprimoramento do *beneficium competentiae* em diversas situações específicas.

Por ocasião do desenvolvimento do processo formulário, restringiu-se a *condemnatio* estritamente ao pagamento de pecúnia (JÖRS; KUNKEL, 1965, p. 522)¹⁵. Assim, ao menos até Diocleciano (quando se concedeu poderes de persecução *manu militari* ao juiz), mesmo se tratando de reivindicação de coisa, se o réu não a devolvesse voluntariamente, deveria ele ser executado não a fazer, mas para pagar a pecúnia equivalente pela coisa retida (IGLESIAS, 1966, pp. 282-283). É certo que o recurso à cláusula arbitrária tentou atenuar este princípio, ao absolver o réu que cumprisse a ordem judicial de restituição, evitando a pena acessória da *infamia* (JÖRS; KUNKEL, 1965, p. 523). Não obstante, se mesmo condenado, o réu recusasse a agir, não haveria intervenção imediata na sua liberdade, devendo somente ser condenado ao pagamento do equivalente pecuniário.

¹³ D. 44, 7, pr. Paul.

¹⁴ Gaius, IV, 4. O modo de ser da ação variou entre os períodos clássico e arcaico. Primeiramente eram utilizadas principalmente a *actio sacramenti in personam* e a *iudicis postulatio* e, com o tempo, passou-se a ser mais comum o uso da *condictio*. No direito clássico, as fórmulas modificavam-se conforme a *intentio* (algo próximo do que os modernos chamam de pretensão), a natureza do direito ou a extensão dos poderes do magistrado. Nesse período, a classificação do *ius actionis* geralmente tinha em consideração: as *condiciones*, a *actio arbitrae*, o *iudicia bonae fide*; e a *iudicia stricta*.

¹⁵ G. 4, 48. Inclusive, segundo Kunkel e Jörs, provavelmente a sedimentação desse costume de imposição da aceitação da pena expiatória deu origem à regra que limita a condenação, nos processos formulários, ao pagamento estrito de dinheiro.

Nesse contexto, a visão de Savigny sobre a natureza das obrigações em geral assemelha-se ou aproxima-se à estrutura primitiva do direito romano, pois, nesse período, em algum sentido, o credor possuía em potencial a liberdade do devedor, já que “o pagamento da quantia de resgate não é inicialmente, como vimos, objecto de um dever jurídico, mas simples meio de se libertar da responsabilidade” (KASER, 2011, p. 196). Tanto assim seria que poderia o credor impor *capitis diminutio maxima* com a redução à escravidão do devedor. Em certa medida, se o pagamento de pecúnia era uma espécie de remissão forçada do devedor em face da vingança privada a ser exercida pelo lesado, então, na origem, o devedor devia parte de sua ação exterior ao credor. A questão de, com o progresso do tempo, o Estado impor ao lesado a aceitação da pecúnia somente reforça esta leitura (KASER, 2011, p. 193)¹⁶.

De todo modo, a ideia de que o ato é a exteriorização da personalidade do sujeito e, por isso mesmo, não pode ser apoderado por outrem (LARENZ, 1958, p. 24), toma vigor, como visto, com o desenvolvimento da *Lex Poetelia Papiria* (VARELA, 2000, p. 134). Sua forma de ser é de tamanha desenvoltura que, mesmo diante de uma condenação, pode o devedor recusar-se a fazer algo devido, desde que apresente certa quantia. Ora, se o devedor tem seu dever extinto pela sua escolha em desempenhar a conduta devida ou em pagar a pecúnia equivalente, então a rigor, por volta do tempo do processo formulário, as obrigações não correspondiam própria e estritamente à ideia de restrição da liberdade do devedor, já que ao fim e ao cabo, diante de uma condenação judicial, ele é quem “decide” fazer ou pagar dinheiro pela inexecução de uma obrigação.

É claro que o agir do devedor limita-se em função da obrigação, já que, além de atar-se ao credor, certos atos de esvaziamento do patrimônio não podem ser realizados livremente¹⁷, sob pena de fraude contra credores.

De qualquer forma, estruturar a natureza da obrigação em razão da proporção do acréscimo da liberdade do credor e decréscimo da liberdade do devedor nem sempre tende a abranger apropriadamente todos os tempos das relações obrigacionais. Nesse sentido é que Varela propõe que a tese de Savigny é uma fisionomia imperfeita da *manus iniectio* do direito primitivo (VARELA, 2000, p. 134), já que haveria um certo decalque da apreensão sofrida pelo devedor ao descumprir uma dada obrigação (*manus* no sentido indicado acima).

Com isso, é possível propor que: se de um lado F. C. von Savigny possui semelhanças com a estrutura do direito das obrigações romano pré-clássico, de outro a doutrina de Antunes Varela (com menor intensidade, dado o fim do uso moderno das pandectas e a distância histórica entre ambos) aproxima-se do direito romano clássico e pós-clássico, uma vez que, além de defender uma natureza clássico-unitária para as obrigações (VARELA, 2000, pp. 153-157), ele se inspira diretamente na *Lex Poetelia Papiria* para criticar F. C. von Savigny.

¹⁶ Ibid., p. 193.

¹⁷ D. 22, 1, 38, 4.

De todo modo, F. C. von Savigny teria errado, segundo Varela, ao caracterizar a obrigação pela função do poder do credor sobre a conduta do devedor, pois com isso se estaria suprimindo a relevância da vontade daquele que deve (VARELA, 2000, p. 135).

A crítica não pode ser lida de maneira absoluta, já que F. C. von Savigny afirma que a possibilidade de supressão da liberdade total do devedor não se equipara à obrigação (SAVIGNY, 1863a, p. 16). Entretanto, se a obrigação não pode ser a supressão total da personalidade, ela pode ser a supressão parcial da personalidade do devedor, sobretudo por se tratar de uma submissão a uma vontade estranha (SAVIGNY, 1863a, p. 324). Aqui está o entrave da natureza das obrigações em F. C. von Savigny apontado por Varela. Nesse sentido, o português propõe ainda que o alemão falha na explicação da agressão patrimonial do devedor pelo não cumprimento, uma vez que o foco dado por F. C. von Savigny no domínio de atos isolados do devedor tende a desprestigiar a relevância da garantia que estrutura o vínculo jurídico constitutivo da obrigação (VARELA, 2000, p. 129). De fato, ao abordar a ideia de coerção F. C. von Savigny usualmente se vale somente da noção de *actio* do credor, não tratando de maneira principal a sua consequência imediata, qual seja, a invasão patrimonial.

Ora, o que o credor possui, após a *Lex Poetelia Papiria*, é um direito sobre a prestação, não propriamente o domínio sobre ela (VARELA, 2000, p. 154). O débito não é apenas um dever de prestar por si só, mas antes um dever de prestar sob a coação da ordem jurídica (VARELA, 2000, p. 155). Afinal, como destaca Larenz: “*No es el crédito un derecho de señorío sobre una persona determinada*”, uma vez que “*Ello estaría en contradicción con la libertad y la igualdad de derechos que constituye la base del Derecho de obligaciones*” (LARENZ, 1958, p. 23).

A visão unitária de Antunes Varela mostra-se, portanto, mais consentânea com o direito romano das obrigações clássico e pós-clássico. Afinal, tal como Justiniano, ele destaca o fato de que “*obligatio est iuris vinculum*”, por meio do qual se manifestam os deveres de prestar, os direitos à prestação e a garantia correspondente.

Precisamente nesse momento se pode compreender o âmbito no qual estão centrados os estudos de ambos autores. O primeiro a ser analisado, demonstra maior preocupação conceitual com as origens do direito obrigacional. O outro, por sua vez, atém-se mais ao desenvolvimento da dogmática nascida por ocasião do estudo do direito clássico romano e com os aprimoramentos que se seguiram de seu de seu tempo.

Evidentemente, as teses de ambos não são totalmente excludentes, afinal as diferentes visões sobre a natureza das obrigações não impedem que haja certas concordâncias sobre a dogmática das obrigações.

A classificação das relações obrigacionais, por exemplo, tende a possuir um conteúdo bastante similar entre os autores estudados, uma vez que para ambos o devedor subordina-se juridicamente ao credor. A título de citação, a ideia de classificação das prestações em prestações de fato negativo e positivo segue linhas quase que inalteradas no tempo. É certo que Antunes Varela distingue entre prestações de fato materiais e prestação de fatos jurídicos (VARELA, 2000, p. 84). É também correto dizer que essa nomenclatura não está expressa (ao

menos nesses termos) no primeiro tomo da obra relativa às obrigações de F. C. Savigny. A despeito disso, este último destaca que ao lado das prestações de fato positivo, as quais consistem em um trabalho de alteração das coisas, há aquelas prestações de fazer que pressupõem a prática de atos de assunto jurídico, como a obrigação de prestar caução (SAVIGNY, 1863a, p. 328).

Os pontos de concordância não se limitam só aí. Antunes Varela diz, como F. C. von Savigny, ainda que não o cite diretamente, que muitas das prestações continuadas são prestações de fato negativo. De igual maneira apresenta as obrigações de pluralidade subjetiva, ao propor que cada vínculo fracionário possui vida autônoma, sendo irrelevante entre eles se uma das parcelas devidas fora ou não extinta (VARELA 2000, p. 750). De modo semelhante, ambos autores aparentam dar menos ênfase à agressão patrimonial que as outras vertentes citadas, como aquela que conclui que a natureza da obrigação consiste em uma relação entre patrimônios e aquela que estabelece a relação obrigacional como manifestação do poder dado ao credor de tomar o patrimônio do devedor (MARTINS-COSTA, 2018, p. 222; VARELA, 2000, pp. 136-142).

Sem óbice, Judith-Martins Costa, ao tratar da natureza jurídica das relações obrigacionais em F. C. von Savigny, o “qualifica” como membro de uma doutrina pessoalista da relação obrigacional. Os termos dessa doutrina estabeleceriam, em linhas gerais, que: “a obrigação é um direito a uma atividade humana, alicerçado em uma estrutura unitária, é dizer: a obrigação resulta de uma ligação entre pessoas” (...) “constituindo uma relação entre dever e pretensão e uma relação entre duas vontades” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 222). Portanto, *cum grano salis*, ambos autores vêm na relação obrigacional um todo uno que se direciona à satisfação do credor. Assim, há alguns pontos de coincidência dogmática sobre a natureza jurídica das obrigações que liga os dois autores. Todos observam, mais ou menos diretamente, a impossibilidade de separação da relação como o todo espiritual que a compõe.

É nítido, contudo, que a asserção segundo a qual o raciocínio de F. C. von Savigny assemelha-se ao direito primitivo é generalizante em certo grau. Ela desenha, e nisso reside a sua utilidade, tão somente um arquétipo geral do que vem a ser a natureza da obrigação para F. C. von Savigny, mas claramente não corresponde de modo integral à profundidade do pensamento do autor. Afinal, se a natureza das obrigações lhe fosse exclusivamente pré-clássica, não concluiria ele que apenas condutas suscetíveis de apreciação pecuniária poderiam integrar as obrigações jurídicas. Nesse ponto, F. C. von Savigny aparenta estar mais próximo do direito romano clássico do que Antunes Varela, ao menos na forma das Institutas gaianas, já que este último autor (como visto) admite o resguardo de interesses não patrimoniais¹⁸.

A tese de F. C. von Savigny deve ser vista, assim, como um fruto do seu tempo e de sua interpretação das fontes romanas. Mesmo que a sua expressão enfatize a tomada do poder de um sujeito pelo outro, é de se destacar que, para ele, as restrições às liberdades somente

¹⁸ G. IV, 48.

poderiam ter por causa as instituições de direito. Justamente por isso, nos casos de dúvida, o pretor deveria favorecer a extinção da obrigação e não sua criação (SAVIGNY, 1863a, p. 20).

De outro lado, a interpretação da unidade ontológica da relação obrigacional em Antunes Varela deve se dar também na medida da influência do seu tempo, já que fora o autor leitor direto da doutrina da obrigação como processo.

5 CONCLUSÕES

Como se percebe, a questão relativa à natureza das obrigações não se restringe, apesar de nele estar, a um ponto conceitual e abstrato, afastado da realidade das relações. Antes, mostra-se como um dos pilares teóricos que estruturam a própria relação jurídica obrigacional, na medida em que molda os seus conceitos fundamentais.

Com base nisso, este trabalho apresentou a visão de F. C. von Savigny sobre a natureza das obrigações, de modo a destacar que para esse autor essas relações baseiam-se correlação entre a perda da liberdade do devedor e o acréscimo correspondente à liberdade credor. Assim, foi demonstrado que a estrutura da relação obrigacional em Savigny pressupõe uma supressão parcial da personalidade do sujeito. Verificou-se que F. C. von Savigny possui uma estrutura de pensamento próxima ao direito romano primitivo das obrigações, já que dispõe o vínculo obrigacional em função da ideia de apreensão do credor de uma parcela da liberdade do devedor.

Nesse ínterim, concluiu-se que a doutrina de Antunes Varela, a despeito de certas diferenças estruturais quanto a natureza das obrigações, possui certos pontos de coincidência dogmática com F. C. von Savigny, principalmente no que diz respeito a alguns aspectos da classificação das obrigações e seus efeitos primordiais. Notou-se, ainda, que ambos autores vêem na relação obrigacional algo de unitário, não havendo, por isso mesmo, uma diferenciação estrutural entre a responsabilidade do devedor e o débito correspondente.

Não obstante, demarcou-se na doutrina de Antunes Varela, especialmente na opção dogmática pela unitariedade do conceito de obrigação, uma certa aproximação com a ideia romana clássica e pós-clássica de obrigação, com ênfase à elaborada por Justiniano nas suas *Institutas*.

Com isso, pôde-se sentir a relevância dogmática da questão relativa à natureza das obrigações.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16^o ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Trad. Luis Bacci/Andrés Larossa. Madrid: Editorial Reus, 1929.

CORREIA, Alexandre/SCIASCIA Gaetano. Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro: Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1949.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil: v. II: contratos. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1983.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.

GAIUS. Institutes. Trad. Julien Reinach. Paris: 1950.

GOMES, Orlando. Obrigações. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Ensaio de direito civil e de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Aide. 1986.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano: Instituciones de Derecho Privado. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

KASER, Max. Direito Privado Romano. Trad. Samuel Rodrigues/Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. Metodologia da Ciência do Direito. 4º ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Bernardo B. Queiroz de. Parte Geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia. São Paulo: YK, 2018.

_____. Manual de introdução ao Digesto. São Paulo: Yk Editora, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil: volume II: teoria geral das obrigações. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 28º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

P. Jörs – W. Kunkel. Derecho Privado Romano. Trad. L. Pietro Castro. 2º ed. Barcelona: Editorial Labor, 1965.

RADBRUCH, Gustav. Introdução à Ciência do Direito. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAVIGNY, M. de. Le Droit des Obligations: tome premier. Trad. Gérardin et p. Jozon. Paris: Auguste Durand, 1863a.

_____. Le Droit des Obligations: tome second. Trad. Gérardin et p. Jozon. Paris: Auguste Durand, 1863b.

_____. Sistema de Derecho Romano Actual: tomo I. 2º ed. trad. Jacinto Mésia y Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1885.

SILVA, Clóvis Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TALAMANCA, Mario. Istituzioni di Diritti Romano. Milano: 1990.

VARELA, Antunes. Das obrigações em geral: vol. 1. 10ºed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Das obrigações em geral: vol. II. 7ºed. Coimbra: Almedina, 1997.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 5ªed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: 2015.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Johannesburg: Juta & Co, Ltd, 1996.

A LEI 13964/2019 E AS RELAÇÕES DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE DO SISTEMA JURÍDICO PENAL: ENDURECER A PUNIÇÃO RESOLVE O PROBLEMA DA SEGURANÇA PÚBLICA?

*Ícaro Jorge Da Silva Santana**

RESUMO: No artigo, analisa-se o Estado Penal brasileiro, a partir de pontos essenciais apontados na Lei 13964/2019, intitulada na sua proposição de “Pacote Anticrime” pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro e as relações de gênero, classe e raça estruturadas pela percepção neoliberal de punição. Igualmente, analisa-se, a partir de dados de pesquisa do IBGE em relação às prisões, o crescente encarceramento das mulheres negras e a sua relação com o maior endurecimento do direito penal. Por fim, busca-se refletir sobre o contexto do sistema jurídico penal e as relações instituídas na segurança pública, partindo da percepção da necessidade de políticas públicas que sejam relacionadas à inclusão da população pobre, negra e territorialmente negligenciada.

PALAVRAS CHAVES: Estado Penal; Criminologia; Relações Raciais

ABSTRACT: The article analyzes the Brazilian Criminal State, from the essential points pointed out in Law 13964/2019, entitled in its proposal of “Anticrime Package” by the Minister of Justice Sérgio Moro and the relations of gender, class and race structured by the perception neoliberal punishment. Likewise, it is analyzed, based on research data from IBGE in relation to prisons, the increasing incarceration of black women and its relation with the hardening of criminal law. Finally, we seek to reflect on the context of the criminal justice system and the relations established in public security, starting from the perception of the need for public policies that are related to the inclusion of the poor, black and territorially neglected population.

KEYWORDS: Criminal Status; Criminology; Race Relations

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Neoliberalismo e o estado: para que serve a punição no Brasil?; 3. O aumento do encarceramento das mulheres negras, solidão e silenciamento; 4. Aprofundar a punição e contraponto a construção de políticas públicas de inclusão não gerará resultados positivos para a segurança e paz; 5. Resistências possíveis num estado penal; 6. Conclusão; Referências

1 INTRODUÇÃO

aos meninos que nasceram sem leite,
sem leite,
criados à alma nua,
sempre deixando debaixo da lua,

* Bacharel Interdisciplinar em Humanidades pela UFBA, estudante de Direito pela UFBA. E-mail: icarojss@gmail.com

levando a madrugada no peito.
sem pleito e sem leis que lhe garantiram-
letra fria pra quem não tem cobertor
a esses meninos que são os alvos que se atiram-
negros cor de sombra e de paradeiro,
bailarinos do passo lépido:
esse poema cura a cegueira de quem anseia
em vocês o mérito
Djean Felipe

Em fevereiro de 2019, o ministro da Justiça, Sérgio Moro, entregava o pacote anticrime, assinado pelo Presidente Jair Bolsonaro e mais cinco ministros. No total, o pacote alterava cerca de 14 leis como o Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), o Código de Processo Penal (CPP, Decreto-lei 3.689/41), a Lei de Execução Penal (7.210/84), a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), o Código Eleitoral (4.737/65), visando, dessa forma, realizar uma grande reforma no sistema jurídico penal.

Depois de grandes discussões na Câmara Federal sobre o intitulado pelo próprio Ministro da justiça, “Pacote Anticrime”, suas causas e consequências, aprovou-se um projeto mais brando que possibilitou a manutenção de garantias constitucionais, tais como; a negativa de permissão para a gravação das conversas entre detentos e advogados, a prisão após condenação em segunda instância, discutida pelo STF no decorrer do processos legislativo, o excludente de ilicitude, mantendo somente em casos em que "o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”, o que já era previsto na jurisprudência, via a percepção de legítima defesa e o juiz de garantias. Por outro lado, alguns pontos aprovados do Pacote intensificarão mais ainda a perspectiva punitivista do estado, a exemplo do; aumento da pena máxima para 40 anos, Banco de dados multibiométrico e a vedação do benefício de liberdade condicional a condenados por crimes hediondos com morte.

Na conjuntura do Estado penal neoliberal, a discussão sobre as consequências da Lei 13964/2019 é importante, entretanto, analisar as relações sociais dentro do contexto político-criminal se torna necessária para entendimento do alcance dessa Lei. Dessa forma, no artigo, busca-se abordar pontos essenciais da Lei a partir de pesquisa bibliográfica. Pertinente a análise, avaliam-se as relações de classe, raça e gênero, dentro de um sistema que enxerga a punição como ferramenta de controle social daqueles que destoam dos padrões pré-estabelecidos de comportamento, conduta, fenótipo e território. Ao enxergar a estrutura social e econômica do Brasil, cabe atentar as condições das mulheres negras, vide que grande maioria do mercado informal é composto por elas, assim como, segundo análise do Ministério Público do Trabalho, as mulheres negras são aquelas que recebem o menor salário proporcionalmente às mulheres brancas e aos homens. Diante disso, entender o fenômeno do aumento do encarceramento das mulheres negras no Brasil pode fortalecer a reflexão dessa estrutura penal e punitivista que se constrói a partir do machismo e do racismo.

Escrever sobre propriedade em tempos de lutas por moradia é de extrema responsabilidade, escrever sobre a verdade em tempos de “fake News”, é colocar o seu corpo aos abutres, escrever sobre vida, então, é expor sobre a realidade daqueles que por muitas vezes não conseguem falar por si mesmos dentro de um estado que nega determinados sujeitos. Por conta disso, no primeiro tópico, analisa-se a relação do Neoliberalismo e o estado penal, o alcance do sistema jurídico penal como ferramenta de morte e encarceramento dentro do contexto social brasileiro. Para tanto, utilizam-se as produções de Loïc Wacquant no seu livro *“Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos”* e Michel Foucault, a partir das leituras do livro *“Vigiar e Punir”*. O segundo tópico visa analisar os dados sobre o crescimento do encarceramento das mulheres negras, o quanto a política de endurecimento penal afeta essas sujeitas e a percepção sobre a solidão e o silenciamento dessas mulheres, a partir das leituras de bell hooks (letra inicial escrita em letra minúscula por política da própria autora) do seu livro *“Não sou eu uma mulher?”*, e Lélia Gonzales no texto *“Racismo e sexismo na cultura brasileira”*, publicada na *Revista Ciências Sociais Hoje*. No terceiro tópico, aborda-se a relação das políticas públicas com a questão da segurança, tratando profundamente da abordagem sobre a Lei 13964/2019, dentro de um contexto de criação de políticas públicas e a relação do Sistema jurídico penal, a partir de exemplos de intervenção penal estatal que, não combinada com outras intervenções na educação, trabalho, saúde e previdência, não geraram consequências revolucionárias do ponto de vista da segurança e paz. Para tanto, utiliza-se como referência, a intelectual Marielle Franco a partir do livro *“A redução da favela a três letras: Uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro”*. No quarto tópico, busca-se apontar estratégias e saídas de resistência às políticas de punição do Estado penal, a partir da produção intelectual produzida por coletivos, movimentos sociais, redes e centros de pesquisa e extensão, para apontar ferramentas possíveis de formulação e articulação política.

2 NEOLIBERALISMO E O ESTADO PENAL: PARA QUE SERVE A PUNIÇÃO NO BRASIL?

O neoliberalismo como política de estado enxerga o lucro como principal fim de uma política, pois "um dos principais efeitos do neoliberalismo está na chamada reforma gerencial" (Marielle Franco, 2014) que visa a eficiência de uma determinada política. Nesse sentido, na perspectiva do sistema jurídico penal, a relação entre custo e benefício foi entregue ao controle de corpos considerados perigosos, e não somente nas relações econômicas. Isso fica evidente ao enxergar o gasto apontado com segurança pública no Brasil sem que haja uma diminuição das prisões.

Acontece, que o Estado neoliberal construiu o sistema jurídico penal a partir da criação de ambientes de controle social e econômico, o que aponta de forma desigual a atuação do Estado Penal em relação a classe, raça, gênero e território, dentro de um contexto policesco forjado a partir da ideia de guerra constante, a citar como exemplo, a política de guerra às drogas. Deixando nítido que a percepção de Direito Penal do estado neoliberal não é pôr fim à insegurança que é fruto da turbação da paz, mas sim, controlar sujeitos, mentes, territórios, e dessa forma, segundo Marielle Franco, o neoliberalismo propõe ao sistema penal, um:

"Modelo que atua para além do aspecto repressivo, ao ser combinado com o conjunto de fatores promovidos pela etapa neoliberal, que criou outro ambiente de controle, adequado para ser implementado e reproduzido com sutilezas e interfaces para o controle dos chamados "pobres problemáticos". (Marielle Franco, 2014. p.41)

Igualmente, a relação do custo desse sistema jurídico penal dentro do Estado neoliberal não é ponto central de análise, pois não há uma avaliação sobre todas as relações existentes na prisão e na morte de sujeitos negligenciados pelo Estado. Da mesma forma, não busca-se entender as ferramentas que encaminham certos sujeitos a cometer crimes, muito menos analisar a relação da deficiência nas políticas públicas de educação, previdência, saúde e trabalho no Estado neoliberal, o qual, atua a partir do individualismo e das "concepções de economia, nas quais predomina o princípio da defesa da livre concorrência e da não interferência do Estado nas relações econômicas." (Marielle Franco, 2014), e o crime.

Nesse contexto, do ponto de vista penal, evidenciam-se as contradições da política de Estado neoliberal, justamente, por enxergar a política de controle social como mais importante do que a construção de políticas públicas eficientes, o que aponta o sistema jurídico penal ~~mais~~ como uma ferramenta de morte e encarceramento, e não de busca pela segurança e garantia de direitos. Comparado ao sistema jurídico penal dos Estados Unidos e o contexto racial similar do processo de colonização das américas, cabe analisar mitos que se construíram na história da política de segurança pública nos EUA e entender como no Brasil, esses mitos também são fabricados e difundidos como ferramenta de endurecimento do Estado penal, além de como esses mitos estruturam a narrativa para a aprovação do "Pacote Anticrime":

"Três mitos tenazes, fabricados e difundidos por esses institutos, com apoio ativo do Departamento de Justiça, dominam o debate contemporâneo sobre a violência criminal nos Estados Unidos: o primeiro pretende que a política penal do país peca por condescendência perene; o segundo afirma que a repressão é uma política bem sucedida, ao passo que o Estado se revela congenitamente impotente no domínio social, salvo quando adota a mesma atitude punitiva; o terceiro sustenta que o encarceramento se torna, no final de contas, por efeito neutralizante, menos caro do que o somatório dos crimes que evita." (Loïc Wacquant, 2007, p.282 e 283)

No contexto penal brasileiro, os mitos apontados por Wacquant são similares. Cabe ressaltar, que a narrativa difundida pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, para a apresentação do "Pacote Anticrime" foi o discurso da impunidade existente no Brasil. Na avaliação do ministro, o sistema jurídico penal apresentado pelo Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), o Código de Processo Penal (CPP, Decreto-lei 3.689/41), a Lei de Execução Penal (7.210/84), a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), era brando demais, a ponto de ser condescendente com o crime, e para tanto, uma das políticas apontadas era a retirada do artigo que versa sobre a prisão em segunda instância.

Similar ao segundo mito apontado por Wacquant, no mesmo "pacote" apresentado pelo Ministro da justiça, havia a defesa do excludente de ilicitude em caso de operação policial, o que acarretaria em danos mais profundos do que os já existentes, principalmente, em territórios negligenciados pelo Estado, como as periferias e favelas do Brasil. Nesse tópico, é necessário

pontuar a relação dessa intensificação do discurso da repressão como ferramenta de domínio social àqueles que apresentam (representam) perigo. Dessa forma, o Estado penal fortalece a partir de um mito, a narrativa que possibilita a maior marginalização e criminalização de corpos já negados pela própria estrutura de classe, raça e gênero.

O segundo mito dá margem à situações como a Chacina de Paraisópolis no dia 01 de dezembro de 2019, a polícia militarizada ingressou diante de uma multidão de jovens que se divertiam numa cultural, com o seu aparato militar para repreender e dominar, da mesma forma, que legitima a política das UPPs no Rio de Janeiro e das Bases comunitárias na Bahia, que agem como forma de domínio social, cultural e econômico local. Segundo Marielle Franco,

"os bailes continuam sendo fechados nas favelas pacificadas"... "Os jovens estão expostos fisicamente, de acordo com o número de prisões, abordagens e denúncias. E de forma mais profunda, expostos economicamente. Pois não é possível identificar, para este público economicamente ativo nas favelas, oportunidades a partir da abertura do mercado vigente nas UPPs." (Marielle Franco, 2014. p. 79).

O terceiro mito apontado por Wacquant se organiza enquanto similar na política penal brasileira, a partir da concepção de que o encarceramento é a saída para a melhoria da segurança e promoção da paz. Na Lei 13964/2019, objeto estudado neste artigo, uma das principais modificações no sistema jurídico penal brasileiro é o aumento da pena máxima para quarenta anos. Esse aumento de dez anos relacionado a pena máxima prevista anterior, que do ponto de vista da progressão de regime pode parecer pouco, mas não nas vidas daqueles que são negados pelo Estado, e portanto, constantemente encarcerados.

Por fim, analisando os mitos apresentados pelo Estado neoliberal para a manutenção de um sistema jurídico penal, enxerga-se o sistema jurídico penal como ferramenta de controle social, racial, territorial e de gênero, que possibilita captar a essência política da punição no Brasil pós-colonial, estruturado pelo racismo e pelas concepções punitivistas de ver o mundo que estruturam o Estado penal. O fato é que o endurecimento do sistema jurídico penal tem como alvo sujeitos específicos que vão de contra ao processo de branqueamento brasileiro, seja através da atuação policial militarizada direta como forma de domínio, sejam pelas narrativas apresentadas pelos dirigentes políticos do Estado.

3 O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO DAS MULHERES NEGRAS, SOLIDÃO E SILENCIAMENTO

O conflito com a lei, dentro do sistema jurídico penal, é apontado a partir da perspectiva criminal (Junqueira, 2010), como sendo condutas que destoam da realidade social existente. Historicamente, nas academias e no Estado, foram construídos artifícios que giraram em torno de criminalizar a pessoa negra, como o racismo científico institucionalizado a partir das pesquisas de Cesare Lombroso (MATOS, 2010), também, quer seja, na criminalização por conta da própria estrutura econômica em que estamos inseridos (Lélia Gonzales, 1982), apontado como racismo estrutural. Diante disso, a criminalização dos corpos negros se configura como um instrumento de confirmação do racismo institucional, estrutural e científico,

gerando o genocídio da população negra como resultado, e também, o encarceramento da mesma população, que como afirma Michel Foucault (1987), não deixa de ser uma forma de mutilar histórias. Segundo Deborah Matos,

“A criminologia como uma ciência empírica surgiu com a escola positiva italiana, mais especificamente em 1876, com a publicação da obra de Cesare Lombroso intitulada “O homem delinqüente”. Embora Lombroso não fosse o primeiro a realizar estudos anatômicos e antropológicos em prisões (como Lauvergne, na França, e Nicholson e Thompson, na Inglaterra), foi a doutrina do *criminoso nato* que lhe deu fama mundial.” (MATOS, 2010)

Denise Carrascosa (2010) aponta que o sistema jurídico penal se constitui a partir de uma “dura tecnologia disciplinar-prisional” (Denise Carrascosa, 2010), que nega a ressocialização como fim da execução penal, mas a prisão como uma forma de gestão da miséria (Loïc Wacquant, 2007). Ao observar os dados, é possível enxergar que, segundo o INFOPEN (2014), encontram-se encarcerados mais de 15399 pessoas na Bahia, igualmente, segundo a mesma pesquisa, 8 em cada 10 pessoas encarceradas no Brasil, estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, da mesma forma, no Brasil, apresenta-se que 61,67% dos homens e mulheres em situação de cárcere são negras e negros. A partir da proporcionalidade racial, resulta-se que duas em cada três pessoas em cárcere são negras. Na Bahia, segundo a mesma pesquisa, 87,7% dos homens e mulheres em cárcere são negras. Ao analisar a perspectiva de gênero, apresenta-se que o número de mulheres em situação de cárcere corresponde a 6,4% do total no Brasil, e que entre 2000 e 2014, o encarceramento das mulheres aumentou 567%, enquanto que o dos homens 220%, sendo que entre as mulheres presas, duas em cada três, são negras. Portanto, ao cruzar os dados, chega-se a um resultado do aumento do encarceramento das mulheres negras.

Diante disso, há a necessidade de entender esse fenômeno. Nesse contexto, o corpo negro, a partir do racismo científico e estrutural, assume uma posição de negação institucionalizada, que nasce desde as teorias que buscaram criminalizar esses corpos, não se levando em consideração as relações sociais, políticas e econômicas vigentes no período, até a negligência na construção de políticas públicas que busquem incluir esses sujeitos e sujeitas marginalizadas. Hoje, as consequências desse pensamento, geram resultados no encarceramento e morte desses corpos forjados a partir do silenciamento. Historicamente, como afirma bell Hooks (1981) no livro “Não sou eu uma mulher”, “As mulheres americanas de todas as raças são socializadas a pensarem no racismo apenas no contexto de ódio da raça” (bell Hooks, 1981), e de certa forma, negando que “O sexismo institucionalizado - ou seja, o patriarcado - formou a base da estrutura social americana bem como o imperialismo racial.” (bell Hooks, 1981), o que organizou as pesquisas voltadas a análise do encarceramento na centralização dos corpos de jovens homens negros, negligenciando a análise sobre a posição da mulher negra dentro de um sistema jurídico penal. Dessa forma, pensar somente a relação do racismo e do Estado penal, corrobora na anulação das histórias das mulheres negras dentro do processo de punição dos corpos negros.

O aumento das prisões de mulheres negras, apontados pela pesquisa do INFOPEN(2014) aponta realidades que necessitam de análise, pois, as mulheres negras se organizam como base da estrutura da sociedade brasileira, sendo o corpo dentre os corpos que sofre de forma profunda, grande parte da estigmatização racial e de gênero, tanto do ponto de vista social, quando do ponto de vista econômico. São as mulheres negras que ocupam a grande maioria das funções de trabalho na área de manutenção, como os trabalhos domésticos e de serviços gerais. Segundo Marielle Franco,

"O fato é que, se os "favelados" não "descessem" ou viessem para o asfalto para execução de vários trabalhos, inclusive em serviços e residências dos setores médios ou dominantes da sociedade, a cidade praticamente pararia, pois a classe trabalhadora pertencente a esses espaços não ocuparia seus postos de trabalho."(Marielle Franco, 2014)

Analisando a narrativa apontada por Marielle Franco (2014), e entendendo as perspectivas interseccionais de gênero e raça nas relações de trabalho, cabe a leitura de que o encarceramento dessas mulheres negras, que ocupam posições de trabalho marginalizados, geram na economia, um impacto profundo, pois os postos de trabalho ocupados por essas mulheres, não seriam ocupados nem por mulheres brancas, nem por homens, sejam negros ou brancos. Portanto, o aumento do encarceramento dessas mulheres, não só interfere nas relações afetivas e familiares das mesmas, mas na estrutura social e econômica do Brasil. A Lei 13964/2019, ao endurecer o sistema de repressão penal, a partir do aumento da pena máxima prevista em 10 anos, evidencia a negligência do Estado penal com esses corpos que são economicamente ativos, sem possibilitar a análise das relações sociais que forjam o encarceramento.

As políticas públicas que pensaram as mulheres enquanto sujeitas na relação com o Estado penal e o cárcere são muito recentes, a citar de um dos pontos do Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, decretado em 24 de novembro de 2011, que tornou direito o “fomento à formulação de políticas de atendimento educacional à criança que esteja em estabelecimento penal, em razão da privação de liberdade de sua mãe”, por exemplo. Da mesma forma que o Sistema Jurídico Penal, a partir da Lei de Execução Penal (7.210/84), pensa-se a questão das mulheres encarceradas, como o acompanhamento médico da mulher no período pré-natal e pós parto, e a equiparação do ponto de vista profissional, entre outros pontos. Entretanto, mesmo com algumas políticas públicas, as relações sociais dessas mulheres são construídas a partir de outras perspectivas, o que aprofunda ainda mais a questão do encarceramento das mulheres negras.

Em Diálogo publicado originalmente no *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (2000), Angela Davis e Gina Dent apontam a realidade das mulheres, principalmente, negras e latinas, no mundo todo como similar, enxergando a prisão como um lugar de manutenção de medo e controle ao corpo dessas mulheres. Da mesma forma que Denise Carrascosa (2010) aponta a relação de solidão existente na vivência dessas mulheres encarceradas, devido a uma percepção de gênero, pouco recebem visitas dos maridos, filhos e de familiares. A solidão da mulher negra encarcerada é estruturada por uma série de relações

comportamentais de gênero e raça, que institui essa mulher como, apenas, provedora, mas não, como relação de afeto.

Concluindo, o aumento do encarceramento das mulheres negras é fruto de um estigma construído a partir do racismo e do machismo que se orientam sobre a percepção silenciadora dessas mulheres, dentro de um Estado penal que intensifica o processo de solidão das mesmas. Por estarem na base que estrutura a sociedade e a economia, qualquer endurecimento do Sistema jurídico penal, gera nessas mulheres negras, consequências profundas, o que justifica o crescimento constante das prisões das mesmas. As medidas de endurecimento da punição, a partir da Lei 13964/2019, tendem a gerar fortes impactos na vida e na liberdade dessas mulheres.

4 APROFUNDAR A PUNIÇÃO EM CONTRAPONTO A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO NÃO GERARÁ RESULTADOS POSITIVOS PARA A SEGURANÇA E PAZ

Um dos mitos apontados por Wacquant (2007) é a propaganda disseminada de que o aprofundamento da punição dentro do Sistema jurídico penal gerará como consequência, uma menor incidência do crime, o que faz com que, aparentemente, a relação do crime seja ligada única e exclusivamente a vontade do sujeito em cometer determinada conduta criminosa. Como já apresentado nos tópicos anteriores, não somente a vontade do autor esteja ligada ao crime, há uma série de elementos que encaminham a marginalização de determinados sujeitos.

Na visão neoliberal apontada a partir do fortalecimento dos individualismos, a relação entre sujeito e crime não está condicionada às políticas públicas estatais, entretanto, ao analisar do ponto de vista social, econômico e territorial, observa-se que o negligenciamento das políticas públicas faz parte de um projeto político de Estado que utiliza-se de táticas de isolamento e empobrecimento para gerenciar a miséria (Wacquant, 2007), sendo a punição uma das ferramentas centrais para a manutenção desse poder de controle social, racial e de gênero. Segundo Marielle Franco, no Rio de Janeiro, com a implementação das UPPs (Unidades de polícia pacificadora), visava-se uma redução da violência e uma melhoria na segurança pública, entretanto, a ação de controle territorial nas “favelas” a partir das UPPs, não necessariamente gerou a diminuição da violência. Segundo a intelectual,

"Especificamente pensar as UPPS é uma "empreitada" sob vários aspectos. São divisões relacionadas a temas que englobam: acesso a serviço público, a moradia, a saneamento, a comércio e ao transporte, para citar apenas alguns direitos."..."Ocorre que a chegada das forças de segurança não amplia esses acessos. Muitas vezes esses direitos, secularizados, permanecem ineficazes ou ficam limitados aos decretos de baixa influência, de baixa execução nas práticas legais e cotidianas de pequenas intervenções políticas. E não correspondem à possível "retomada da soberania" dos territórios e ao crescimento apresentado, de investimentos públicos nesses territórios." (Marielle Franco, 2014)

Nesse contexto, a intervenção estatal do ponto de vista penal não gera como certeza resultados satisfatórios para a promoção da paz via segurança pública, pois outros direitos, como à previdência, saúde, trabalho, educação e moradia precisam ser pensados para além dessas intervenções. Acreditar que o aprofundamento da punição resolverá a questão de insegurança é apontar que o Estado penal neoliberal fortalece a impunidade, sem analisar profundamente o caráter social e econômico dessa punição, que age diretamente nas populações mais pobres, territorialmente negligenciadas e negras.

Analisar o Sistema jurídico penal brasileiro apenas pela percepção da punição, abre margem para “cegueiras” epistêmicas, como apontada por Thula Pires e Caroline Lyrio. Dessa forma, distancia-se o acesso à justiça das populações marginalizadas, que devido a estrutura socioeconômica do Estado são, na grande maioria, pobres e negras. Ao analisar a atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos anos de 1989-2011 as intelectuais afirmam que:

“Sob o manto da suposta neutralidade e universalidade dos direitos, as decisões prolatadas pelos tribunais brasileiros são, em sua quase totalidade, calcadas na “cegueira de cor” e não consideram o fator “raça” em suas análises, ignorando as barreiras socioeconômicas intrínsecas à realidade dos afro-brasileiros.” (Thula Pires e Caroline Lyrio, 2014)

As “cegueiras” apontadas pelo olhar meramente punitivista possibilitam que o racismo institucional se organize como acessório para a manutenção da liberdade de alguns, que não necessitam da atuação profunda das políticas públicas pelo caráter socioeconômico privilegiado dentro de um Estado neoliberal, em detrimento da liberdade de outros, que pouco têm acesso às políticas públicas. Vejamos:

“O racismo institucional, aquele que pode ser experimento e observado na dinâmica das instituições, decorre necessariamente do alto grau de naturalização da hierarquia racial e dos estereótipos que inferiorizam determinado grupo enquanto afirmam a superioridade de outro.” (Thula Pires e Caroline Lyrio, 2014)

5 RESISTÊNCIAS POSSÍVEIS NUM ESTADO PENAL

Num Estado afirmado como democrático, apontar articulações, redes e conexões que buscam construir políticas de atuação voltadas para a defesa dos direitos humanos, é necessário. Torna-se uma narrativa que não só aponta a responsabilidade do gerenciamento do Estado para aqueles que o dirigem, mas sim, para toda a população que, como cidadã, possui poder organizativo, reivindicativo e aconselhador. Dessa forma, apontar resistências possíveis dentro do Estado penal é enxergar a questão da importância da análise sobre punição e pena, não somente como fruto de políticas públicas, mas também, reflexão de caráter social sobre o perigo das consequências de um Estado que penaliza e pune. Segundo Marielle Franco,

"É estratégico construir um "bom senso" de que a ocupação do espaço público, a elevação da convivência com a diversidade, a garantia de cidades com mais direitos em todos os aspectos, são elementos centrais na garantia da segurança" (Marielle Franco, 2014)

Dessa forma, as resistências coletivas se tornam eficazes e estratégicas para a busca de um Estado que não tenha como o contraponto ao desvio de conduta, a pena como um fim em si mesma. E é por conta disso, que diversos coletivos, movimentos sociais e redes surgem na perspectiva de pensar o motivo do fortalecimento do Estado penal e atuar diante das violências causadas pelas ações dessa política de Estado. Desde redes nacionais, como a RENFA – Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas –, o INNPD – Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas –, o CCRIM – Centro de Ciências Criminais Raul Chavez –, entre outros que se utilizam da formação política, da educação, pesquisa e “advocacy” para atuar em busca de analisar a realidade, e entender o alcance e as estruturas do Estado Penal. Dessa forma, não buscam ser somente resistência perante opressão, mas como afirma bell hooks(2014), serem ferramenta de transformação de uma sociedade.

A RENFA – Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas – que segundo Carta de Princípios (2018), é “uma organização política feminista, antirracista, não partidária, instituída em 2014 e fundada em 2016 para atuar pelo direitos das mulheres, em especial usuárias de drogas”, entende que a construção do Sistema jurídico penal está alinhada à uma política de drogas que corrobora para a morte e encarceramento de mulheres, dessa forma, uma das lutas prioritárias da entidade, é a luta pela garantia de direitos para mulheres privadas de liberdade mediante Estado penal. Um dos objetivos apresentados na Carta de Princípios (2018), foi o posicionamento em busca do abolicionismo penal por entender que dentro do atual sistema jurídico penal, são as mulheres negras e pobres as principais vítimas do Estado.

As organizações de mulheres que enxergam as relações do Estado Penal, o encarceramento e as perspectivas de gênero estruturadas pelas relações econômicas e sociais, apontam a necessidade de um projeto político de segurança que seja abolicionista penal, a partir da percepção que esse projeto policialesco neoliberal é fadado ao fracasso, vide a seletividade na punição, da qual, coloca essas mulheres encarceradas, grande maioria, negras e pobres, num espaço de esquecimento político. Essas organizações visam, prioritariamente, possibilitar que essas mulheres, que são fadadas à solidão e ao silenciamento, tenham possibilidade de fala, espaço e de exercício da sua cidadania. A RENFA tem como atuação central, o reconhecimento e o incentivo da cidadania dessas mulheres que sofrem negação pelo Estado penal.

A INNPD – Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas – segundo informações do próprio site, “é uma organização da sociedade civil que atua desde 2015, pela construção de uma agenda de justiça racial e econômica promovendo ações de advocacia em direitos humanos e propondo reformas na atual política de combate às drogas”. A organização visa, prioritariamente, uma investida de transformação nas agendas proibicionistas e racistas do Estado Penal, atuando prioritariamente, nas discussões do ponto de vista racial em relação à busca de uma nova política de drogas. A atuação da Iniciativa, busca na pesquisa e na atuação

constantes, pensar um Sistema jurídico penal que não tenha como fim a punição em si mesma, mas um outro caminho estratégico de responsabilização diferente do apontado pelo Estado neoliberal.

As resistências contra uma política de guerra às drogas, que se organiza a partir da morte e encarceramento de pobres, negros e negras, territorialmente negligenciados, se dá a partir da atuação de iniciativas como a INNPD, que enxerga a necessidade de construir novas epistemologias sobre o Estado penal e a busca de políticas públicas de Estado que não corroborem com a aniquilação de grande parcela da sociedade. São essas resistências que buscam, a partir do que aponta Marielle Franco (2014): "Instrumentalizar os moradores, fortalecer a consciência de que a favela deve ser respeitada pelo poder público e pelos agentes de segurança e ampliar o acesso à cidadania.", construindo a partir dessa política, saídas possíveis.

O CCRIM – Centro de Ciências Criminais Professor Raul Chaves – diferentemente das outras organizações, se constrói a partir do caráter universitário, na perspectiva de disputar a intelectualidade, utilizando como tática, a pesquisa e extensão, como ferramentas de estudo sobre políticas criminais. Segundo informações do Site do Centro, “O CCRIM, que tem como alguns de seus objetivos o fomento à pesquisa, extensão e formação interdisciplinar nas ciências jurídicas-penais”. Dessa forma, atua incentivando o aprofundamento sobre as questões que giram em torno da análise sobre pena e punição. São organizações como o CCRIM que demonstram, principalmente, a responsabilidade que as Universidades, Faculdades e Instituições de ensino público precisam ter para o estudo sobre as relações criminais e o direito penal. Pois, essas instituições que são promotoras de debate e disputa intelectual que geraram como resultado, o pensamento sobre as políticas de Estado penal e as consequências das mesmas, gerando assim, possibilidades de transformação pela ciência.

Por fim, são estratégias como essas que apontam resistências possíveis dentro de um Estado penal já diagnosticado como falho para as populações constantemente negligenciadas por um Estado neoliberal, punitivista, estruturado pelas políticas raciais, de gênero e de classe. Dessa forma, é a partir dessas organizações, instituições, centros de pesquisa e extensão universitária, que a sociedade pode garantir acesso à informação, cidadania, táticas de sobrevivência e fortalecimento das suas vozes.

6 CONCLUSÃO

A Lei 13964/2019, fruto do pacote que alterava cerca de 14 leis como o Código Penal (Decreto-lei 2.848/40), o Código de Processo Penal (CPP, Decreto-lei 3.689/41), a Lei de Execução Penal (7.210/84), a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), o Código Eleitoral (4.737/65), visando, dessa forma, realizar uma grande reforma no sistema jurídico penal, se confirma a partir dos mitos apresentados pelo Estado neoliberal, que servem apenas para a manutenção de um sistema jurídico penal estruturado como ferramenta de controle social, racial, territorial e de gênero.

O endurecimento do sistema jurídico penal tem em sua mira, a população negra, pobres e mulheres, corpos que são negligenciados constantemente por um Estado neoliberal, policialesco, proibicionista, que fortalece uma política de morte e encarceramento. Essa política de Estado se confirma a partir do aumento do encarceramento de mulheres negras, que é fruto de um estigma construído a partir do racismo e do machismo que se organizam a partir da negligência de políticas públicas para esses sujeitos, dentro de um Estado penal que fortalece a marginalização dessas mulheres. As medidas de endurecimento da punição, a partir da Lei 13964/2019 tende a gerar impactos profundos na vida e na liberdade dessas mulheres.

O “Pacote anticrime” apresentado pelo Ministro da justiça, Sérgio Moro, formulador da Lei 13964/2019 não será eficiente para uma melhor segurança pública, dentro de um Estado que não visa o investimento em políticas públicas que coloquem a população pobre e trabalhadora como o centro de atuação do Estado, que vise, não somente, pensar formas de combate ao crime, mas, a implementação de políticas públicas de inclusão de camadas populacionais, que têm negadas a cidadania. Aprofundar as ferramentas de punição em contraponto à construção de políticas públicas de inclusão, tende a ser uma movimentação falha, pois há relações estruturais de gênero, raça e classe que precisam ser desestruturadas a partir da inclusão, do fim as desigualdades e do fortalecimento dos direitos à educação, previdência, trabalho e moradia.

Para concluir, é a partir de estratégias de resistências possíveis que é possível garantir outras percepções que se colocam à combater o Estado penal. São organizações como a RENFA, o INNPD e o CCRIM que apontam resistências possíveis dentro de um Estado penal diagnosticado como falho para as populações constantemente negligenciadas por um Estado neoliberal, punitivista, construído por estruturas de classe, raça e gênero. É a partir dessas atuações que a sociedade pode garantir o acesso à informação, cidadania, táticas de sobrevivência e fortalecimento das suas vozes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado, 1988.

RENFA – Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas – **Carta de Princípios**. I Reunião Nacional do Comitê Político. Recife. Agosto 2018.

INNPD – Iniciativa Negra por uma Nova Política de Drogas – **Quem nós somos?**. Site da iniciativa. Acesso em: iniciativanegra.com.br. Data de acesso: 03/01/2020

CCRIM – Centro de Ciências Criminais Professor Raul Chaves – **Quem somos**. Site do CCRIM. Acesso em: ccrim.ufba.br. Data de acesso: 03/01/2020

HOOKS, Bell. **Não sou eu uma mulher**. Mulheres negras e feminismo. 1º edição 1981. Tradução livre plataforma gueto. Janeiro 2014

TOMAZ, Kleber e MANCUSO, Felippo. **G1 SP e TV Globo — São Paulo**

Vítimas de Paraisópolis morreram em 2 vielas paralelas durante dispersão de baile funk pela PM, dizem moradores. Acesso em: 04/12/2019. (<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/12/04/vitimas-de-paraisopolis-morreram-em-2-vielas-paralelas-durante-dispersao-de-baile-funk-pela-pm-dizem-moradores.ghtml>)

DAVIS, Angela e DENT, Gina. **Diálogo publicado originalmente em Signs: Journal of Women in Culture and Society**, v.26, n.4, 2001. p. 1235-1241. Traduzido e publicado com permissão das autoras e da University of Chicago Press. Estudos Feministas, Florianópolis, 11(2):360, julho-dezembro/2003

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira e LYRIO, Caroline. **Racismo institucional e acesso à justiça: uma análise de atuação de justiça do estado do Rio de Janeiro nos anos 1989-2011**. -pesquisar a data

FRANCO, Marielle. **A redução da favela a três letras: Uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro**. 2014. Niterói. UFF.

MATOS, Deborah Dettmam. **Racismo científico: O legado das teorias bioantropológicas na estigmatização do negro como delinqüente**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7448>. Acesso em nov 2017.

LOÏC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos [A onda punitiva]**. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3º edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

CASTIGLIONE, Teodolindo. **Lombroso perante a criminologia contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1962.

GONZALEZ, Lélia e HASENBALG, Carlos. **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Editora Marco Zero, 1982.

FOUCAULT, Michel. **VIGIAR E PUNIR: Nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 10 Ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARRASCOSA, Denise. **VIOLÊNCIA CARCERÁRIA E SUBJETIVAÇÃO A PARTIR DOS ESCRITOS DE LUIZ ALBERTO MENDES: ,A PRISÃO É UMA COISA**

DEMASIADO ESTÚPIDA. Figuras da violência moderna: confluências Brasil/Canadá /
Organização: Cláudio Cledson Novaes, Licia Soares de Souza, Roberto Henrique Seidel. —
Feira de Santana: NEC; UEFS Editora, 2010.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de execução penal: teoria e prática: de acordo com a lei nº 9.714/98.** São Paulo: Atlas, 1999.

DEPEN. INFOPEN MULHERES: **Levantamento nacional de informações penitenciária.**
Junho 2014

DEPEN. INFOPEN: **Levantamento nacional de informações penitenciária.** Junho 2014

FUNDAMENTOS, POTENCIALIDADES E EFETIVIDADE DA “LISTA SUJA” ENQUANTO INSTRUMENTO DE COMBATE AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

*João Pedro Cerqueira Barbosa de Oliveira**

*Juliana Santos dos Anjos***

RESUMO: Como forma de mitigação e erradicação da prática de trabalho análogo ao escravo no Brasil, o governo determinou, além de medidas sancionadoras nos âmbitos penal e trabalhista, a publicação periódica da relação de empregadores flagrados explorando mão de obra análoga à de escrava, conhecida como “lista suja do trabalho escravo”. Através da exposição desses infratores, essa relação tem tido repercussões relevantes nos constrangimentos financeiros, econômicos e comerciais de empregadores flagrados cometendo essa prática criminosa. No entanto, desde 2004, a legalidade constitucional desse cadastro vem sendo constantemente questionada pelos seus opositores, gerando insegurança jurídica no que concerne à regularidade e efetividade de um dos maiores instrumentos de combate a esse crime. Deste modo, o objetivo deste artigo consiste na análise da “lista suja” como instrumento de repressão social e econômica, alcançando as discussões acerca da legalidade constitucional das portarias interministeriais responsáveis por sua instituição. Além de abordar os efeitos da exposição para os empregadores e consumidores no combate do trabalho análogo ao escravo enquanto prática que viola os mais básicos direitos humanos. Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica com base na análise da doutrina, jurisprudência e legislação brasileira acerca do tema. Nesse sentido, foi possível observar que os questionamentos judiciais que prejudicam sua maior efetividade se concentram no fato de sua regulação e tramitação ocorrerem pela via administrativa e são resultados do temor dos infratores com os impactos causados pelo “marketing negativo”, restrição de acesso ao crédito e as dificuldades para estabelecer relações comerciais com outras empresas.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho análogo ao de escravo; Lista suja; Repressão social. Repressão econômica; Legalidade; Constitucionalidade; Efetividade.

ABSTRACT: As a way of mitigating and eradicating the practice of slave-like work in Brazil, the government determined, in addition to sanctioning measures in the penal and labor spheres, the periodic publication of the list of employers caught exploiting labor analogous to slave labor, known as “lista suja do trabalho”. Through the exposure of these offenders, this relationship has had relevant repercussions on the financial, economic and commercial constraints of employers committing this criminal practice. However, since 2004, the constitutional legality of this registry has been constantly questioned by its opponents,

**Graduado em Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades pela Universidade Federal da Bahia. Graduando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Bolsista do Projeto “Vida Pós-Resgate”, parceria entre o Ministério Público do Trabalho 23ª Região e a Universidade Federal da Bahia (2018 – 2020). Endereço eletrônico: jpcerquera18@gmail.com*

***Graduanda pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Bolsista do Projeto “Vida Pós-Resgate”, parceria entre o Ministério Público do Trabalho 23ª Região e a Universidade Federal da Bahia (2019 – Atual). Endereço eletrônico: anjos1juliana5@gmail.com*

generating legal uncertainty regarding the regularity and effectiveness of one of the greatest instruments to combat this crime. Thus, the objective of this article is to analyze the “lista suja” as an instrument of social and economic repression, reaching discussions about the constitutional legality of the interministerial ordinances responsible for its institution. In addition to addressing the effects of exposure for employers, consumers and the eradication of slave-like work as a practice that violates the most basic human rights. To this end, a bibliographic review will be carried out based on the analysis of Brazilian doctrine, jurisprudence and legislation on the subject. In this sense, it was possible to observe that the judicial questions that hinder its greater effectiveness are concentrated in the fact that its regulation and processing take place through the administrative route and are the result of the fear of violators of the impacts caused by “negative marketing”, restriction of access to credit and the difficulties in establishing commercial relations with other companies.

KEYWORDS: Analogous slave labour. Social repression. Economic repression. Constitutionality. Legality. Effectivity.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O trabalho análogo ao de escravo e a lista suja”; 2 Discussão acerca da legalidade constitucional das portarias organizacionais da “lista suja”; 3 A eficácia da “lista suja” e as demandas do mercado no contexto do capital; 4 Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A escravidão legal no Brasil foi declarada extinta através da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, entretanto, percebe-se o surgimento de novas formas contemporâneas de exploração do trabalho (CARDOSO, 2018), oriundas da implementação do trabalho livre, que possibilitou a exploração e coerção dos trabalhadores via mercado de trabalho (FILGUEIRAS; ALVES, 2014). Desde 1995, mais de 53 mil pessoas foram resgatadas, em solo brasileiro, de condições análogas à de escravo, sendo que, em âmbito global, mais de 40 milhões de pessoas são afetadas por condições similares (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019; SMARTLAB, 2020).

Diante disso, o Estado brasileiro vem criando um aparelhamento de combate ao trabalho análogo ao de escravo através de políticas públicas e outros mecanismos governamentais como, a “lista suja”, que consiste em um instrumento de repressão, via social e econômica, aos empregadores que se utilizam desta prática criminosa nos seus negócios. Além disso, os infratores estão sujeitos às sanções penais, a quitação de débitos trabalhistas e o pagamento de multas altíssimas.

No entanto, a multa não é a principal preocupação dos empregadores. O coordenador do programa de combate ao trabalho escravo da Organização Internacional do Trabalho, Luiz Machado, afirmou que "ouvimos dos próprios empregadores que eles se preocupam mais com o fato de ter o nome na lista do que com as multas. As multas são irrisórias,

principalmente as trabalhistas." (BBC Brasil, 2015). Essa declaração revela o quão potencial é a “lista suja” na coibição dessa prática criminosa através da repressão social e econômica.

De acordo com o Código Penal, a redução à condição análoga a de escravo ocorre quando a vítima for submetida à jornada exaustiva ou à condições degradantes de trabalho, quer submetendo a trabalhos forçados ou à restrição, por qualquer meio, da sua locomoção em razão da dívida contraída com o empregador ou preposto (BRASIL, 1940, art. 149). Além das repercussões criminais e trabalhistas, como veremos adiante, uma das repercussões administrativas mais marcantes consiste na inclusão do infrator no cadastro de empregadores que tenham submetidos trabalhadores a condições análogas à de escravo, publicado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, conhecida como “lista suja do trabalho escravo”.

A supracitada “lista suja” consiste no instrumento que permite ao consumidor fiscalizar quais são as empresas que têm explorado o trabalho análogo ao de escravo em seu ciclo produtivo. Desde 2004, esse cadastro vem sofrendo constantes ataques institucionais oriundos de diversos agentes econômicos, através de processos judiciais que se baseiam na sua possível inconstitucionalidade. Tais ataques ocasionaram, entre 2014 e 2016, a interrupção da disponibilização periódica dessa lista, gerando um ambiente de insegurança jurídica e de questionamentos quanto à regularidade e a efetividade de um dos instrumentos mais importantes no combate ao trabalho análogo ao de escravo, no âmbito da fiscalização do Ministério Público do Trabalho.

Além disso, esse trabalho tem como intuito analisar as possíveis potencialidades dos objetivos propostos pela “lista suja”, que são: exposição via internet dos infratores acarretando repressão por parte da sociedade civil ao descobrir que seus produtos consumidos são originados a partir da subjugação de milhares de brasileiros vulneráveis; além da repressão econômica por parte de instituições financeiras e de empreendedores que poderão recusar a concessão de créditos e a realização de negócios por motivos sociais e financeiros com infratores, réus em ações cíveis e penais.

Para alcançar esse objetivo, a metodologia consiste em uma revisão bibliográfica com a análise da doutrina, jurisprudência e legislação brasileira em conjunto com as informações e os dados fornecidos por instituições financeiras, meios midiáticos, organizações públicas e privadas, tanto nacionais como internacionais.

O artigo constitui-se do resumo, três tópicos e as considerações finais. O primeiro tópico traz uma apresentação sobre a temática “trabalho análogo ao de escravo” no contexto nacional e internacional, e as repercussões administrativas, criminais e trabalhistas para os infratores desta prática criminosa. Ademais, no tópico seguinte serão analisadas as portarias interministeriais responsáveis pela instituição e organização da “lista suja” em conjunto com uma discussão acerca da legalidade constitucional destas.

No terceiro tópico pretende-se analisar a sua potencialidade e eficiência enquanto instrumento no combate ao trabalho análogo ao de escravo, considerando a perspectiva da importância da imagem e propaganda em uma sociedade de consumo, sendo revelado que, por ser uma medida administrativa, a judicialização não é sempre o único caminho a ser

utilizado pelo direito para constranger e coibir práticas violadoras. Por fim, nas considerações finais, foi apresentado um resumo das principais ideias abordadas nesse artigo.

1 O TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO E A “LISTA SUJA”

Uma vez que, de acordo com Filgueiras e Alves (2014), a definição do conceito de trabalho análogo ao escravo é crucial para a organização das estratégias de mobilização e enfrentamento do problema, impõe-se a importância de uma delimitação conceitual pertinente ao enfrentamento deste fenômeno de exploração do trabalho. Com base nisso, cabe, antes de tudo, deixar bem claro que o trabalho análogo ao escravo é conceito que, embora remeta a escravidão em sua nomenclatura, trata de situação com determinantes contemporâneos que a distingue desta. Nas palavras de Gomes e Guimarães Neto (2018), a referência à escravidão é exemplo de um “uso político do passado” com o intuito de fazer alusão histórica a uma situação contextualmente diferente, tendo em vista aspectos socioeconômicos, como instrumento de visibilidade. É necessário, portanto, diferenciar a escravidão “clássica” do conceito de trabalho análogo ao de escravidão.

Desde tempos remotos, nos mais diversos tipos de civilizações, por uma motivação ou outra (dívidas, prisioneiros de guerra, estamentos sociais), a escravidão sempre existiu caracterizada pela submissão e coerção direta dos indivíduos em função de seus proprietários (ALCANTARA, 2017), os quais tinham amparado juridicamente o seu direito de ser dono de outrem e de explorá-lo tal como propriedade sua fosse. Neste tipo de relação se enquadravam as relações entre escravizado e escravizador no Brasil Colônia, vínculo hoje formalmente proibido.

Por outro lado, o trabalho análogo ao de escravo tem como ponto de partida não uma política de estado, mas a dinâmica sistêmica de ampliação da taxa de lucro através da exploração do trabalhador pelo seu empregador em uma relação de assalariamento que se pretende ilimitada (FILGUEIRAS; ALVES, 2014). A mercadoria deixa de ser o ser humano e passa a ser a sua força de trabalho, o que permite muitas vezes que sejam piores as condições de trabalho do assalariado, pois “[...] o exército industrial de reserva permite a reposição sem custos do trabalhador (na escravidão típica a reposição dependia da compra de escravo, desestimulando a destruição do ativo)” (FILGUEIRAS; ALVES, 2014, p. 15).

Em consonância com isso, Vianna (2019) assevera a importância de se reconhecer que a escravidão contemporânea não deve ser vista somente como um resquício da escravidão colonial, mas componente fundamental na dinâmica capitalista, sobretudo no que se refere ao seu papel no sistema capitalista em seu estado contemporâneo.

Tal fenômeno ganhou repercussão internacional ao ser identificado pela OIT – Organização Internacional do Trabalho - como “trabalho forçado” e caracterizado, em sua Convenção nº 29, como aquele em que, o indivíduo na prestação de um trabalho ou serviço, pelo qual não se ofereceu espontaneamente, está o exercendo sob ameaça. Na mesma linha segue a Convenção nº 105 da mesma organização a qual obriga os Estados signatários a se

comprometerem para abolição do trabalho forçado, em todas as suas variedades e decorrências, inclusive como instrumento para desenvolvimento econômico.

O Brasil é signatário de ambas as convenções. A primeira (convenção nº 29) referente ao reconhecimento do trabalho análogo ao escravo foi ratificada através do decreto de nº 41.72, de 1957, e a segunda (convenção nº 105) pelo decreto legislativo nº 20, de 1965, através do qual o Brasil assume o compromisso de enfrentamento e abolição do trabalho forçado. O Estado brasileiro ainda firmou outros compromissos referentes ao combate ao trabalho análogo ao escravo. Tais como, as ratificações da Convenção sobre a escravatura assinada em Genebra a 25 de setembro de 1926 e emendada pelo Protocolo aberto à assinatura na sede das Nações Unidas, em Nova York a 7 de dezembro de 1953 (Decreto nº 58.563, de 1966) e da Convenção Suplementar sobre a Abolição da escravatura do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, adotada em Genebra a 7 de setembro de 1956.

Além disso, o comprometimento do Estado no combate ao trabalho análogo ao de escravo pode ser observado na Constituição da República de 1988, ao consagrar diversos princípios como, a dignidade da pessoa humana, liberdade de locomoção, vedação aos trabalhos forçados e cruéis como penalidades e a proibição de submeter alguém à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (BRASIL, 1988). Ademais, no art. 7º, encontram-se diversos direitos dos trabalhadores, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundamentais do Estado brasileiro. As implicações penais que, segundo Filgueiras (2013), estabelecem no Brasil os limites que, caso ultrapassados, descaracterizam uma relação de trabalho, estão inscritos no artigo 149 do Código Penal, que traz a definição legal de trabalho análogo ao escravo no ordenamento brasileiro:

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

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940, art. 149)

De acordo com Carvalho Junior e Lima (2017), é relativo consenso dentro do Ministério do Trabalho, sobretudo entre os auditores, a desnecessidade da coerção física direta para a caracterização de situação análoga à de escravo e os tribunais superiores têm ido ao mesmo sentido ao aplicar, em suas decisões, uma interpretação literal do artigo 149 do Código Penal. Entretanto, nota-se que o resultado das votações sobre as decisões em tribunais superiores são quase sempre muito acirrados, revelando a disputa e as pressões políticas sobre o conceito em questão. Para Vianna (2019), durante as últimas décadas foi sendo construído um entendimento jurídico bastante sólido no que se refere à desnecessidade da ausência de consentimento do trabalhador para a caracterização de uma situação de exploração de trabalho análogo ao de escravo.

Salienta Alves (2017) que o trabalho análogo ao de escravo no Brasil juridicamente é tratado sob uma ótica interdisciplinar, na medida em que existem implicações no âmbito

do direito penal e na seara trabalhista. De acordo com o INPACTO – Instituto Nacional Pacto pela Erradicação do Trabalho Escravo, as possibilidades de repercussões jurídicas resultantes da comprovação de exploração de mão de obra análoga à de escravo dividem-se em um processo administrativo, movido com base no auto de infração lavrado pela equipe de fiscalização a tramitar no Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, uma ação civil pública, intentada pelo Ministério Público do Trabalho – MPT e um processo criminal, com base em denúncia do Ministério Público Federal a ser julgada pela Justiça Federal (CARVALHO JUNIOR; LIMA, 2017).

As repercussões criminais, de acordo com o artigo 149 do Código Penal, são pena de dois a oito anos de reclusão e multa, sem prejuízo da pena referente à violência cometida. Entretanto, Carvalho Junior e Lima (2017) chamam atenção para o fato de que, quando ocorrem condenações criminais, quanto à redução de pessoas a trabalho análogo ao de escravo, impera a substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direito, como a de prestação de serviços à comunidade. O que ocorre é que, de acordo com o artigo 44 do Código Penal, nos crimes em que a pena mínima seja inferior a 4 anos, obedecidos outros requisitos pelo réu, pode a pena privativa de liberdade ser substituída por uma pena alternativa, restritiva de direitos, como condenação a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, entre outros. (BRASIL, Lei nº 9714, 1998, arts. 43 e 44).

Sob a ótica da legislação trabalhista, Alves (2017) atenta para o fato de que os trabalhadores resgatados dessa situação têm direito a todos os direitos trabalhistas inadimplidos e devidos pelo empregador, tais quais indenizações, pagamento das verbas salariais devidas pelo empregador decorrentes do rompimento do contrato de trabalho por causa dada pelo mesmo, compreendendo também saldo de férias, décimo terceiro (gratificação natalina), entre outros. Trata-se de consagração da teoria da aparência no direito trabalhista, segundo a qual, superam-se as ilegalidades existentes na relação trabalhista irregular em função da não negação dos direitos trabalhistas os quais teriam aquele mesmo trabalhador explorado em uma relação trabalhista regular (MARTINEZ, 2017).

No que se refere às implicações administrativas, cabe chamar atenção para o papel do recém-extinto Ministério do Trabalho e Emprego – MTE (atual SIT - Secretaria de Inspeção do Trabalho). Através de portaria interministerial MTb/SDH-MJC nº 4, de 11 de maio de 2016, pelo próprio órgão publicado, o mesmo passa a ter competência para, com base em auto de infração lavrado por equipe de fiscalização, incluir, após decisão irreversível em processo administrativo, o nome do explorador de mão de obra análoga à de escravo em uma relação de empregadores infratores disponibilizada no site do órgão, comumente denominada de “lista suja”.

A “lista suja” é mecanismo de combate ao trabalho análogo ao escravo de grande notoriedade entre estudiosos e instituições que se propõe ao combate desse fenômeno. Ela é conhecida por ser “[...] um modo transparente de combater o trabalho escravo no Brasil e colaborar para que as empresas tenham acesso a informações para fazer com que suas cadeias produtivas estejam livres de exploração.” (InPACTO, 2015, p. 01) e como ferramenta que

exerce forte pressão sobre o mercado (D'ANGELO; GUIMARÃES, 2019). Portanto, este instrumento permite e viabiliza uma espécie de boicote comercial às empresas cujo nome nela consta, além de, a partir da identificação e publicação das identidades dos infratores, instrumentalizar sanções como perda de investimentos e financiamentos públicos.

Segundo Viana (2006), a “lista suja” tem por fundamento atacar as empresas num aspecto que é também muito valorizado por estas: a marca, o valor de mercado, a mercadoria como fetiche e como objeto de assunção de determinados aspectos da subjetividade pelo consumidor que o adquire. Deste modo, a inserção do nome da empresa em uma “lista suja” parece ter como objetivo uma espécie de “marketing negativo” ao associá-la a práticas cuja a maioria das pessoas não quer se vincular. Entretanto, como a regulação do trabalho análogo ao escravo no Brasil é campo de interesse de diversos agentes econômicos e políticos (FILGUEIRAS; ALVES, 2014), durante todo seu período de existência, a “lista suja”, enquanto um dos mais relevantes marcos regulatórios deste fenômeno, foi e ainda é alvo de uma série de ataques.

2 DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL DAS PORTARIAS ORGANIZACIONAIS DA “LISTA SUJA”

A “lista suja” consiste em uma relação de pessoas físicas ou jurídicas flagradas através de ação fiscal utilizando-se de mão-de-obra análoga à de escravo, prática criminosa descrita no art. 149 do Código Penal (BRASIL, 1940, art. 149). Ao longo da análise dos principais elementos administrativos contidos nas portarias responsáveis pela organização desse cadastro, será realizada a discussão acerca da legalidade constitucional dessas portarias, seguindo uma linha cronológica das suas publicações e das ações diretas de inconstitucionalidade em que foram alvos.

Esse mecanismo público foi instituído pela Portaria MTE nº 1.234/2003 e oficializado pela Portaria MTE nº 540/2004. Desde então, vem sendo aprimorado por diversas portarias interministeriais do recém- extinto Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SEDH, Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS e Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos – MMIRDH.

De acordo com Cunha Júnior (2018), as portarias são atos administrativos de cunho formal praticados pela autoridade administrativa de nível hierárquico inferior ao do chefe do executivo de modo a orientar procedimentos, normas organizacionais e instaurar procedimentos investigatórios e disciplinares de caráter interno. Essa atribuição legislativa dos órgãos administrativos, entretanto, não pode ir de encontro à legislação ordinária e à Constituição Federal (SILVA, 2007). É, contudo, na natureza jurídica da portaria, por conseguinte, das normas reguladoras da “lista suja”, que se concentram os argumentos em torno de sua disputa.

De acordo com a Constituição Federal de 1988 – CF/88, a atividade econômica fundamenta-se na “valorização do trabalho humano” e nos princípios da “função social da propriedade” e “redução das desigualdades regionais e sociais” (BRASIL, 1988, art. 170). A partir disso, o extinto Ministério do Trabalho e Emprego determinou através da Portaria MTE nº 1.234/2003, de 17 de novembro de 2003, o envio semestral da “relação de empregadores que submetem os trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantêm em condições análogas à de escravo aos seguintes órgãos, com a finalidade de subsidiar ações nos âmbitos de suas competências”, como a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Ministério do Meio Ambiente. (BRASIL, 2003, art. 1º).

Como instrumento auxiliador da supracitada portaria, o Ministro do Estado da Integração Nacional instituiu a Portaria MIN nº 1.150/2003, em que determina o envio, semestral, da aludida relação de empregadores infratores publicada, até então, pelo MTE aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamentos e dos Fundos Regionais (BRASIL, 2003, art. 1º). Além disso, recomendou-se que fosse evitado “conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos” às pessoas que compõem a supracitada relação de empregadores (BRASIL, 2003, art. 2º).

A recomendação objetiva evita a utilização dos recursos do Estado para financiar uma prática criminosa que subjuga milhares de brasileiros em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Além disso, “decididamente não parece razoável que fazendeiros sérios, que observam rigorosamente a legislação trabalhista, devam disputar créditos públicos em pé de igualdade com aqueles que maltratam a dignidade do ser humano.” (CESÁRIO, 2005).

Em 15 de outubro de 2004, a Portaria MTE nº 540/2004 revogou a Portaria MTE nº 1.234/2003 e estabeleceu a criação do “Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo” (BRASIL, 2004, art. 1º). O infrator terá seu nome incluído “após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal” em que foi constatada mão de obra análoga a de escravo (BRASIL, 2004, art. 2º). Por conseguinte, a exclusão do nome do infrator ocorrerá, entre outros requisitos, caso a Fiscalização do Trabalho tenha constatado, por meio da “verificação da regularidade das condições de trabalho” durante um período de dois anos após a inclusão do nome no cadastro, a ausência de reincidência dessa prática criminosa (BRASIL, 2004, art. 4º).

A partir desta portaria, houve a preocupação de incluir, além dos ministérios, uma instituição financeira, o Banco Central do Brasil, na lista dos órgãos que recebem a “Lista Suja”, com o intuito de que estes tomem providências no que lhes couberem (BRASIL, 2004, art. 3º).

Em 16 de novembro de 2004, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.347 à Portaria MTE nº 540/2004 alegando que o MTE não possui competência para legislar sobre direito do trabalho, de acordo com a CF/88 (BRASIL, 1988, art. 22). Além disso, a CNA afirmou que o cadastro viola as garantias constitucionais, como ampla defesa e contraditório (STF, 2004).

Em relação à primeira alegação, as autoridades do supracitado ministério possuem a competência de realizar “a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho” (BRASIL, 1943, art. 626). Além de expedir “instruções, quadros, tabelas e modelos que se tornarem necessários à execução” da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (BRASIL, 1943, art. 913). Portanto, a legislação brasileira, especialmente a CLT, delega atribuições, de caráter regulamentar e material, ao MTE e seus servidores, não sendo constatado o descumprimento as atribuições existentes, como afirma erroneamente o CNA.

De acordo com a associação civil Conectas Direitos Humanos, *amicus curiae*¹ na ADI nº 3347, a Portaria MTE nº 540/2004 não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois a inclusão do nome do infrator na “lista suja” ocorrerá após decisão administrativa final, como pode ser visto no art. 2º da mencionada portaria (REQUERIMENTO DE ADMISSÃO COMO AMICUS CURIAE, 2005). Vale ressaltar que a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região afirma que “os incluídos neste cadastro não estão cerceados em sua oportunidade de buscar rever tal decisão, seja pela via administrativa [...], seja pela via judicial”.²

Portanto, a “lista suja” como medida administrativa no combate ao trabalho análogo à de escravo e na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana não desrespeita as garantias constitucionais como alega a CNA (REQUERIMENTO DE ADMISSÃO COMO AMICUS CURIAE, 2005). O intuito do cadastro é viabilizar a atuação administrativa do MTE e fornecer informações para a atuação de outros órgãos na erradicação dessa prática criminosa (ANDRADE, 2012).

Vale ressaltar que a “lista suja” não possui caráter sancionatório. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, o cadastro de empregadores “nada versa sobre a imposição de penalidades ou restrições aos que vierem a integrar este cadastro [...] se restrições administrativas decorrem deste cadastro, elas não defluem, de forma direta, do texto da referida portaria.”³

Em contraposição ao argumento que defende a inclusão dos infratores no cadastro após a condenação penal pela prática de trabalho análogo ao de escravo, Andrade (2012) alerta que esse instrumento passaria a ser lançado com menos frequência por causa do longo tempo até o trânsito em julgado de uma condenação. Ademais, a necessidade da condenação em esfera criminal, defendida pela CNA, para que o empregador tenha seu nome incluído na “lista suja” está em desconformidade com a independência, em regra, das esferas penal e administrativa (PARISIO, 2016).

¹ *Amicus Curiae* consiste em uma pessoa, entidade ou órgão estranha à causa que se manifesta, de forma provocada ou voluntária, para esclarecer questões jurídicas levadas ao Poder Judiciário.

² BRASIL. TRT 10ª Região. Recurso Ordinário. RO 00234-2006-811-10-00-5/DF. União e Elizabeth de Guimarães Araújo e Outros. Rel. Juiz Paulo Henrique Blair, Distrito Federal e Tocantins, 18 abr. 2007.

³ BRASIL. TRT 10ª Região. Recurso Ordinário. RO 00234-2006-811-10-00-5/DF. União e Elizabeth de Guimarães Araújo e Outros. Rel. Juiz Paulo Henrique Blair, Distrito Federal e Tocantins, 18 abr. 2007.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em 2012, alegou a exclusão da ADI nº 3.347 fundamentado na perda de seu objeto de ação devido à revogação da Portaria MTE nº 504/2004 pela Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2011 (STF, 2012). A portaria revogadora, que enuncia regras sobre a “lista suja”, não fez alterações significativas referentes ao procedimento de inclusão e exclusão do nome do infrator. Salvo, a inserção da participação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, através da Comissão Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE, no mencionado procedimento (BRASIL, 2011, art. 3º, § 2º).

A Portaria MTE/SEDH nº 02/2011 preocupou-se com uma maior inclusão de bancos na lista dos órgãos que recebe semestralmente o cadastro. Diante disso, além dos incluídos na Portaria MTE nº 540/2004, foram inseridos o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil S/A (BRASIL, 2011, art. 3º).

Em 24 de abril de 2014, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA requereu novamente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI nº 5.115, com requerimento de medida cautelar desta vez tendo como objeto a Portaria MTE/SEDH nº 02/2011, do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego e da Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos. (DECISÃO MONOCRÁTICA, 2014). A CNA alegou violação aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (DECISÃO MONOCRÁTICA, 2014). Além disso, a Confederação afirmou que a mera inclusão do nome da empresa na Lista já acarreta prejuízos à empresa e a sua imagem, caracterizando por si só, uma sanção administrativa. (STF, 2014)

Em relação às sanções social e econômica em que os infratores ficam submetidos pela sociedade civil e instituições financeiras, a Juíza Silvia Mariózi dos Santos alegou, em resposta a uma empresa agropecuária, que se “não quisesse a reclamante passar por escravocrata em público, não tivesse ela adotado essa praxe em seu estabelecimento.” (ANDRADE, 2012).

De acordo com a Procuradoria-Geral da República, a portaria não impõe a restrição de acesso ao crédito aos empregadores infratores, entretanto, as instituições financeiras, sejam públicas ou privadas, possuem legitimidade para realizar essa restrição visando não subsidiar agentes econômicos que exploram o trabalho análogo ao de escravo. “Seria mesmo incongruente a utilização de recursos do Estado para financiamento de empresas cuja atividade é prejudicial aos mais comezinhos valores éticos e coletivos internacionalmente preservados.” (PARECER DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, 2014, p.24). No entanto, de acordo com Sakamoto (2006), até o final de 2005, aproximadamente um ano após a criação da “lista suja”, os empregadores que compunham o cadastro continuavam tendo acesso a crédito de agências financeiras.

Ao analisar os argumentos favoráveis e desfavoráveis às portarias responsáveis organizacionais da “lista suja”, Viana (2006) afirma a improcedência da alegação de violação ao Princípio da Presunção de Inocência pelo cadastro, por que a mesma apenas divulga o resultado de ato administrativo sem estabelecer sanções legais. Ademais, o supracitado

princípio aplica-se somente no âmbito penal e, como visto anteriormente, a “lista suja” consiste em um mecanismo público de âmbito administrativo (PEREIRA, 2015).

Em relação à competência para a criação das portarias, em resposta a ADI nº 5115, os ministérios responsáveis pela instituição da Portaria MTE/SEDH nº 02/2011 alegaram que a “lista suja” surge como cumprimento das medidas de repressão que o Brasil comprometeu-se a adotar ao ratificar os tratados e convenções internacionais, como as Convenções nº 29 e 105 da OIT. (PARECER DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, 2014). Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro determina, como visto anteriormente, que o MTE possa expedir atos administrativos necessários para o cumprimento da competência do respectivo ministério e essa atribuição distingue-se da competência legislativa (PEREIRA, 2015). Logo, a argumentação da CNA sobre a violação dos princípios da reserva legal e legalidade mostra-se infundada.

Além da ADI nº 5.115, a Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2011 foi submetida ao ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, a ADI nº 5.209/DF, pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. Entre as alegações, estão à violação aos princípios da reserva legal, da presunção de inocência e da separação dos poderes, sendo que esses argumentos foram analisados e considerados improcedentes ao longo deste tópico. O Ministro Ricardo Lewandowski do STF assinou o deferimento da medida cautelar, declarando a inexistência de lei formal que sustente a criação da “lista suja”, provocando a suspensão do cadastro entre 2014 e 2016 (DECISÃO MONOCRÁTICA, 2014).

A ABRAINC consiste numa associação composta por trinta e seis construtoras com significativa influência na economia brasileira (SITE DA ABRAINC). Segundo reportagem da BBC Brasil (2016), as construtoras Andrade Gutierrez, Moura Dubeux e Odebrecht, integrantes da mencionada associação, foram denunciadas por crime de redução de trabalhadores à condição análoga a de escravo. A Odebrecht foi condenada a indenizar no valor de R\$ 50 milhões, aproximadamente, 500 trabalhadores submetidos a essa prática criminosa durante a construção da usina de açúcar e etanol Biocom na Angola (BBC Brasil, 2015).

Em 16 de maio de 2016, a Ministra Carmen Lúcia cassou a mencionada medida cautelar e decretou prejudicados os pedidos solicitados pela ADI nº 5.209 embasado na perda de seu objeto devido à revogação da Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2011 pela Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2015 (DECISÃO MONOCRÁTICA, 2016). Essa mesma alegação foi adotada para a exclusão, em maio de 2016, da ADI nº 5.115 movida pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, que foi abordada anteriormente (DECISÃO MONOCRÁTICA, 2016).

A Portaria Interministerial MTE/SEDH nº 02/2015 introduziu elementos que afetam diretamente a imagem da pessoa física ou jurídica incluída na “lista suja” porque a sociedade passou a ter acesso eletrônico a esse cadastro através do sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 2015, art. 1º, § 1º). Além disso, foi excluído o período predeterminado para a divulgação da “lista suja”, que nas portarias anteriores era de seis

meses, sendo possível atualizá-la constantemente (BRASIL, 2015, art. 3º, § 1º). A inclusão do nome do infrator “ocorrerá após decisão final relativa ao auto de infração, ou ao conjunto de autos de infração, lavrados em ação fiscal (...) assegurados o contraditório e a ampla defesa em todas as fases do procedimento administrativo” (BRASIL, 2015, art. 2º).

Em relação à publicação eletrônica, a “lista suja” objetiva divulgar as ações desenvolvidas pelo poder público, especialmente do extinto MTE, e permitir que outras empresas não alimentem o ciclo produtivo explorador de mão de obra análoga a de escravo adotado por empregadores infratores. Logo, esse cadastro poderá ser utilizado como “mecanismo de defesa e saneamento do próprio mercado, para evitar associações indesejadas com empregadores nessa condição” (PARECER DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, 2014).

Ademais, a legitimidade do interesse público pelas informações contidas nesse cadastro baseia-se na natureza transindividual, de alcance coletivo e social, dos direitos trabalhistas descumpridos por essa prática criminosa (PARECER DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, 2014). Diante da divulgação da “lista suja”, a sociedade civil poderá ter a garantia do exercício da cidadania e, a seu modo, prevenir e combater esse crime desumano deixando de consumir produtos e serviços desses infratores.

Tendo revogado todas as demais portarias mencionadas anteriormente, a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº4/2016, de 11 de maio de 2016, é a responsável atualmente por dispor sobre as regras relativas à “lista suja”. O cadastro continua sendo disponibilizado via internet. Em relação à inclusão do empregador no cadastro, em consonância com o art. 2º da supracitada portaria, esta só ocorrerá “(...) após a prolação de decisão administrativa irreversível de procedência do auto de infração lavrado na ação fiscal em razão da constatação de exploração de trabalho em condições análogas à de escravo.” (BRASIL, 2016, art. 2º).

No que se refere ao atual momento político, devemos chamar atenção para o fato que de o governo em exercício teve como uma de suas primeiras medidas, a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego, através da Medida Provisória nº 870/19, convertida na lei 13844, de 18 de junho de 2019. Deste modo, as atribuições antes referidas ao Ministério do Trabalho, foram distribuídas entre dois ministérios: o recém-criado Ministério da Economia e o Ministério da Justiça.

Enquanto o Ministério da Justiça tornou-se responsável pelo registro sindical, o Ministério da Economia fica com o restante das atribuições, dentre as quais a “fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas”, como consta do inc. XXXII, do artigo 76 da lei 13.844/2019. Os aspectos referentes à edição e publicação da lista suja no âmbito do Ministério da Economia, passam a ser administrados, mais especificamente, pela Secretaria do Trabalho (BRASIL, 2019). Neste sentido, de acordo com o referido órgão, a última atualização periódica foi realizada em 03 de outubro de 2019 e o cadastro atualizado em 21 de fevereiro de 2020.

Após a análise das portarias interministeriais responsáveis por instituir e organizar a “lista suja” e os constantes ataques que estas vêm sofrendo, pode-se dizer que através de ações diretas de inconstitucionalidade, fundamentadas em argumentos errôneos, tem se tentado frear um importante mecanismo público, em conformidade com a legalidade constitucional, no combate ao trabalho análogo ao de escravo. O que denota que, mesmo não estabelecendo sanções legais aos empregadores, o cadastro está sendo utilizado como fundamento para que a sociedade civil e as instituições financeiras públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, possam sancionar-lhes economicamente e socialmente.

No próximo tópico será analisada a potencialidade e eficiência da “lista suja”, enquanto instrumento no combate ao trabalho análogo ao de escravo, considerando a perspectiva da importância da imagem e propaganda em uma sociedade de consumo.

3 A EFICÁCIA DA “LISTA SUJA” E AS DEMANDAS DO MERCADO NO CONTEXTO DO CAPITAL

De acordo com a Reportagem da BBC Brasil (2015), a inclusão do nome do empregador/empresa na “lista suja” e o conhecimento público do seu envolvimento com o trabalho análogo ao de escravo provocam impactos negativos à imagem destes no âmbito nacional e internacional. Como salienta Kaufman e Oliveira (2014), as empresas expostas na “Lista Suja” ficam sujeitas a restrição de acesso a créditos rurais, dificuldade em conseguir financiamento público e retaliação social. Além disso, os empregadores ficam impossibilitados de adquirir cheque especial (SAKAMOTO, 2006).

De acordo com Timóteo (2015), na contemporaneidade vivemos sob a lógica da sociedade de consumo, através da qual, guiados pelo poder da imagem e da propaganda, os produtos passam a ser menos o conjunto de materiais empregados em sua fabricação e mais a marca a que estão vinculados. Neste sentido “fabricantes deixaram de produzir coisas e passaram a produzir imagens de suas marcas” (TIMÓTEO, 2015, p. 243), desvinculando-se cada vez mais do processo produtivo, que se desloca no globo de acordo com as facilidades ou não que as legislações trabalhistas de diversos países promovem no que se refere a maior exploração de sua mão de obra.

Diante disso, o trabalho das empresas, isto é, aquele desenvolvido em suas matrizes, por outro lado, seria mais voltado para trabalhar a concepção de seus produtos, inserir no conjunto de materiais e trabalho objetivamente aplicados ideais abstratos, identitários e conceituais. Portanto, criando “uma mitologia corporativa poderosa o bastante para infundir significado a objetos, apenas assinalando-os com seu nome” (TIMÓTEO, 2015, p. 243 apud KLEIN, 2008, p. 45-46). Em contrapartida, a produção da mercadoria em si, relacionada às variáveis de tempo de produção e o orçamento, passou a ser terceirizada pela empresa (TIMÓTEO, 2015).

Recorrendo a teoria de MARX (1983) sobre o fetichismo da mercadoria, segundo a qual:

“O carácter misterioso da forma-mercadoria consiste, portanto, simplesmente em que ela apresenta aos homens as características sociais do seu próprio trabalho como se fossem características objetivas dos próprios produtos do trabalho, como se fossem propriedades sociais inerentes a essas coisas; e, portanto, reflete também a relação social dos produtores com o trabalho global como se fosse uma relação social de coisas existentes para além deles.” (MARX, 1991, p. 81)

Portanto, pode se dizer que há na sociedade de consumo um aprofundamento do processo de desvinculação entre trabalho e mercadoria, vez que a mercadoria aqui não se confunde mais com o objeto materialmente considerado, mas sim com a marca a qual ele está relacionado, e seu valor (MARX, 1983) encontra-se cada vez mais intrinsecamente relacionado aos ideais com a qual a marca da empresa está associada.

Neste sentido, Viana (2006) assevera que o mesmo mecanismo que acentua o processo de fetichismo da mercadoria e fomenta a sociedade de consumo pode ser usado para coibir práticas de exploração extrema do trabalhador, pois

“O fenômeno da chamada responsabilidade social da empresa se insere nesse contexto. Apesar de suas reconhecidas limitações, o que lhe garante uma eficácia crescente é sobretudo o valor que a imagem da marca e do produto vai adquirindo para o consumidor. É que também ele, consumidor, está cada vez mais preocupado com a sua própria imagem - não só física quanto imaterial (...)” (VIANA, 2006, p. 196).

A inserção do nome de uma empresa na relação de empregadores infratores passa a compor, portanto, parte do repertório de particularidades que diferenciam as marcas de mercadorias (que aqui passam a ser os produtos propriamente ditos, como anteriormente asseverado) entre si e influenciam na concorrência entre as mesmas:

“(...) tanto um selo verde apostado sobre uma mobília de madeira como a notícia de que a marcenaria do vizinho usou mãos infantis podem se tornar um traço importante de distinção entre produtos que - sem isso - se mostrariam virtualmente iguais; e desse modo passam a compor as estratégias de concorrência.(...)” (VIANA, 2006, p. 195).

E, portanto, atuando através do reforço de um aspecto negativo da imagem da empresa agiria a “lista suja” desmotivando o consumo por parte do público que, por integrar o consumo como parte importante da sua subjetividade, evitaria se associar a um produto que tem em seu processo de fabricação um caráter criminoso (VIANA, 2006).

Cabe salientar que em 2019, a Fundação Procon-SP realizou uma pesquisa, através da metodologia de questionários disponíveis por via eletrônica, com o intuito de verificar se os consumidores buscavam ter conhecimento da possível utilização de mão de obra escrava e/ou infantil na linha de produção/oferta dos produtos e serviços consumidos por estes e qual seria o comportamento do consumidor caso fosse constatado a supracitada prática criminosa. A pesquisa teve a participação de 1068 consumidores, e ao serem indagados se comprariam/contratariam produtos e/ou serviços tendo conhecimento da utilização de mão de obra escrava na sua produção/oferta, 81,18% (867 pessoas) respondeu “não”, 14,33%

(153 pessoas) respondeu “sim, mas somente se não houvesse opção de escolher outra empresa” e 4,49% (48 pessoas) respondeu “sim, sem qualquer restrição” (PROCON-SP, 2019).

Ademais, ao serem questionados sobre a importância de saber quais empresas utilizam-se dessa prática criminosa, a soma maioria (90,26% equivalente a 964 pessoas) considerou essa informação útil. Entretanto, entre esses 964 consumidores, 89,52% (863 pessoas) relatou não saber quais os meios para a obtenção dessa informação, tendo em vista a complexidade em ter acesso a informações sobre essas práticas ilegais (PROCON-SP, 2019). Portanto, isso demonstra a importância da ampla exposição, entre a sociedade civil, de empresas que se utilizam de práticas de extrema exploração do trabalho que violam a dignidade de milhares de trabalhadores brasileiros, sendo um dos objetivos centrais da “lista suja”.

Em relação ao exposto, D’angelo e Guimarães (2019) assevera que o modelo de mercado e dinâmica do capital que promove a precarização e exploração extrema do trabalhador também acaba por oferecer os instrumentos para o combate do trabalho análogo ao de escravo, na medida em que a imagem da empresa é componente bastante observado pelo consumidor. Este, para se sentir bem com seu ciclo social, prefere não vincular sua imagem a produtos de empresas que explorem mão de obra escrava. Trata-se do fenômeno da “responsabilidade social” da empresa, onde o consumidor passa a observar e fiscalizar razoavelmente as práticas e relações trabalhistas por trás das mercadorias. Para os autores, a “lista suja”, ao “manchar” as imagens dos empregadores infratores pode ensejar o boicote dos consumidores dentro de um contexto de crescimento das práticas do “consumo consciente” e “economia solidária” na contemporaneidade.

Além do boicote do consumidor final, a “lista suja” promove a mesma ação por parte de outros personagens: das próprias empresas e dos bancos. Com o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, o conjunto de empresas assinantes ficou proibido de consumir produtos de empregadores integrantes do cadastro (D’ANGELO; GUIMARÃES, 2019), ao mesmo tempo em que estes empregadores infratores dispostos na lista perdem o acesso a crédito nos bancos públicos, também assinantes do pacto (DUARTE; MATSUMOTO, 2017). Além disso, o Conselho Monetário Nacional, através da resolução 3.876/2010 veda a concessão de crédito rural a empresas citadas no cadastro de empregadores infratores pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural - SNCR (BRASIL, 2010).

Em relação às instituições que se comprometeram em acatar os compromissos estabelecidos pelo supracitado pacto, o Instituto ETHOS lançou, em 2007, uma lista dos signatários do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. Entre os bancos públicos e privados, tem o Banco do Brasil, Banco Santander S/A, Banco ABN AMRO REAL e Banco da Amazônia (INSTITUTO ETHOS, 2007).

Ao analisar a atuação do Brasil no combate ao trabalho análogo ao de escravo, a Organização das Nações Unidas – ONU citou a “lista suja” e o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo como duas ações desenvolvidas no país vistas como boas

práticas e referência mundial (DOCUMENTO TRABALHO ESCRAVO, 2016). A primeira foi considerada um “instrumento de transparência, controle social e propulsor da responsabilidade social empresarial” (DOCUMENTO TRABALHO ESCRAVO, 2016, p. 7).

Enquanto, o Pacto Nacional é responsável por estabelecer 10 compromissos a serem cumpridos pelos signatários, órgãos governamentais e membros da sociedade civil visando erradicar o trabalho análogo ao de escravo nas cadeias produtivas, “apoiar ações de reintegração social e produtiva dos trabalhadores” e cumprir “as obrigações trabalhistas e previdenciárias” (PACTO NACIONAL PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL, 2005, p. 1 e 2).

O Ministério Público Federal enviou, em 2016, uma recomendação assinada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC e Procuradoria dos Direitos do Cidadão em Rondônia às instituições financeiras públicas solicitando que não concedam “financiamentos com recursos públicos ou subsidiados pelo Tesouro” aos empregadores presentes na “lista suja” e insiram nos contratos destes financiamentos cláusulas “que prevejam a rescisão imediata do contrato” caso o empregador seja flagrado utilizando mão-de-obra escrava (SITE DO PFDC, 2016). Os bancos que receberam essa recomendação foram Banco do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Banco da Amazônia e Caixa Econômica Federal.

Segundo a Gestão Origami (2019), consultoria de estratégia socioambiental, a “lista suja” vem sendo utilizada não apenas por instituições financeiras públicas, mas também por privadas durante a “análise de risco para o crédito” (VIO e HOA, 2016). Exemplificando, a *International Finance Corporation* – IFC, membro do Grupo Banco Mundial, utiliza a “lista suja” como fonte de dados determinante para a concessão de empréstimos ao setor privado brasileiro (ARAÚJO, 2017). Além disso, a Federação Brasileira dos Bancos – FEBRABAN “passou a recomendar a suspensão de crédito, aos seus associados da iniciativa privada, às empresas incluídas na “lista suja””, como menciona Schwarz (2014, p. 327).

Em reportagem ao Jornal O Globo (2013), Leonardo Sakamoto, coordenador da ONG Repórter Brasil, afirmou que a “lista suja” afeta o acesso ao financiamento público no Brasil, mas também está provocando restrições comerciais internacionais. Exemplificando, a oficina de costura que trabalhava para Zara, rede de lojas, foi autuada pelo uso de mão-de-obra de análoga à escrava em 2011. Quando o flagrante foi anunciado, a Inditex, grupo de empresas têxteis espanhóis e dona da Zara, teve uma queda de 3,72% nas suas ações na bolsa de Madri (JORNAL O GLOBO, 2013). Conforme cita Sakamoto (2013), a causa da queda dos preços das ações não está relacionada à preocupação das outras empresas com os trabalhadores resgatados, mas o risco de investir e manter relações comerciais com empresas flagradas cometendo prática criminosa (JORNAL O GLOBO, 2013) que estarão sujeitas “a ação penal, ação administrativa trabalhista e até ação civil, pelos funcionários”, como salienta José Barbosa Silva, subprocurador-geral da República (BBC Brasil, 2015).

A AML Consulting, “empresa especialista em inteligência financeira e reputacional”, desenvolveu uma plataforma digital, *Risk Money Management System*, que contém

informações sobre pessoas físicas e jurídicas com objetivo de ser “subsídios para análise da cadeia produtiva, adequação de práticas comerciais e definição de políticas internas.” (AML CONSULTING, 2017). Com o intuito de auxiliar as empresas a estabelecer relações comerciais confiáveis, a plataforma determina scores aos integrantes utilizando diversas fontes de dados, entre elas, a “lista suja”.

Diante das informações sobre as pessoas e empresas contidas na *Risk Money Management System*, a empresa analisará os possíveis danos materiais, operacionais e reputacionais de estabelecer ou manter relação comercial com as pessoas contidas na plataforma. (AML CONSULTING, 2017). Portanto, ao ter conhecimento dos empregadores autuados por manter trabalhadores em condições análogas à de escravo através das informações contidas nessa plataforma digital, as empresas poderão decidir se irão ou não se relacionar comercialmente com estes empregadores.

De acordo com Araújo (2017), a utilização do cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas ao de escravo pelas instituições financeiras como fundamento para restringir o acesso ao crédito é uma forma eficaz para combater a prática criminosa do trabalho escravo. Em consonância com essa forma de coibir essa prática criminosa, o ex Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995, p. 234, apud ARAÚJO, 2017, p. 99) alegou que:

[...] quando a denúncia é comprovada, muitos destes exploradores pagam a multa cobrada pelo Ministério do Trabalho, mas continuam com as irregularidades. A punição da lei não basta. É preciso pegar esse pessoal pelo bolso. É só no bolso que eles sentem. O governo não vai mais conceder empréstimos, subsídios, nem rolamento de dívidas a esses fazendeiros inescrupulosos, nem deixar que eles participem de concorrência públicas. (CARDOSO, 1995, p. 234 apud ARAÚJO, 2017, p. 99)

Como consequências dessas vedações econômicas e o comprometimento de bancos signatários, ocorreu a condenação do Banco da Amazônia em ação movida pelo Ministério Público do Trabalho, por conceder crédito a empresa integrante da lista suja de empregadores (SAKAMOTO, 2019). Além de sete ações civis públicas movidas pelo Ministério Público do Trabalho contra Banco do Brasil, Bradesco, BTG Pactual, Caixa Econômica Federal, Itaú, Safra e Santander, pelo mesmo motivo (CARVALHO, 2019). Todas as ações estão amparadas na violação da resolução 3.876/2010 do Conselho Monetário Nacional.

Por outro lado, o poder econômico das grandes empresas tem lhe dado fôlego suficiente para terem a disposição um aparelhamento jurídico e processual que lhes permite a todo o momento inviabilizar sua presença no cadastro por muito tempo. Estes utilizam-se de questionamento quanto à constitucionalidade do instrumento em questão (STF, 2004), além de medidas liminares para evitar sua inclusão na “lista suja”, como notícia a Revista Exame (2019), em reportagem de autoria do repórter Fábio Teixeira, da Reuters. O que dificulta que os grandes empregadores sejam, de fato, penalizados pelas práticas exploratórias.

Além disso, se considerarmos que o objetivo da “lista suja” é potencializar a publicização de informações acerca da exploração ou não pelas empresas de trabalho análogo ao escravo em seu processo produtivo, há de se considerar também as limitações acerca dos meios de divulgação. Segundo Silva (2017), sendo a lista disponibilizada somente por meios digitais e, havendo, grande quantidade de pessoas no Brasil ainda sem acesso a internet, a exclusividade de divulgação da lista por meios eletrônicos inviabiliza que um grande número de pessoas possa ter acesso, configurando mais um obstáculo a ser superado para maior efetividade deste instrumento e da luta contra a exploração de trabalho análogo ao de escravo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cadastro de empregadores infratores surgiu e continua sendo regulada por meio de portarias - categoria normativa produzida no âmbito interno da administração pública - o que gera uma série de questionamentos legais por parte de muitos dos empregadores condenados nas ações movidas pelo Ministério Público do Trabalho. Estes infratores questionam principalmente a legalidade da portaria como instrumento de estipulação de penalização dos mesmos.

Pode-se dizer que a disputa em torno da existência, regulação e legalidade dos termos referentes à “lista suja” existe, em grande medida, por conta dos prejuízos sociais, econômicos e financeiros que este instrumento tem causado aos empregadores infratores, reduzindo possibilidades de acesso a crédito, criando uma imagem negativa da empresa frente aos consumidores e influenciando negativamente a sua capacidade de estabelecer relações comerciais com outras empresas.

Deste modo, enquanto os processos judiciais geram, em sua grande maioria, prejuízos pontuais e imediatos aos empregadores infratores (multas, indenizações e obrigações assumidas através de eventuais Termos de Ajustamento de Condutas), a “lista suja” pode prejudicar em longo prazo estas empresas “manchando” por um longo período de tempo a sua imagem, ao vinculá-las a práticas criminosas e não humanitárias.

Entretanto, muito da efetividade da “lista suja” fica vulnerado pelos diversos entraves processuais colocados pelos advogados dos infratores no que concerne a inclusão do nome de seus clientes no cadastro ou até mesmo a publicação da mesma, criando um ambiente de instabilidade no que concerne à regularidade e periodicidade da publicação desse cadastro. Tais fatos resultam em intervalos de tempo onde esta deixa de ser publicada ou o nome do empregador condenado em crime de exploração de trabalho análogo ao de escravo deixa de estar incluso na relação de empregadores infratores.

A disputa em torno da legalidade da “lista suja” enquanto instrumento de repressão ao trabalho análogo ao escravo tem se concentrado em torno da adequação do processo administrativo e das portarias enquanto fontes de direito legitimamente capazes de produzir os efeitos pretendidos por esse instrumento. Essa disputa está sendo travada no âmbito do

Supremo Tribunal Federal e envolve associações e confederações de grandes atores econômicos.

Portanto, o campo da disputa e os atores envolvidos demonstram que, apesar de ser uma medida administrativa, a relação de empregadores infratores tem tanta importância no combate ao trabalho análogo ao escravo quanto às medidas legais, nas esferas penal e trabalhista, revelando que a judicialização não é sempre o único caminho a ser utilizado pelo direito para constranger e coibir práticas criminosas e violações aos direitos humanos.

A “lista suja do trabalho escravo” mostra-se, assim, como um exemplo de medida administrativa que causa tanta temeridade nos infratores quanto as sanções criminais e repercussões trabalhistas oriundas de eventuais processos judiciais. Principalmente, para as grandes empresas exploradoras de mão de obra análoga a escrava, dado o potencial destrutivo do “marketing negativo” e da dificuldade de acesso ao crédito - os quais são, junto à exploração ao máximo da mão de obra do trabalhador, alguns dos principais pilares do capitalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Amanda Fanini Gomes. Trabalho análogo ao de escravo: evolução histórica e normativa, formas de combate e “lista suja”. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5218, out. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/61165> >. Acesso em: 9 mar. 2020.

ALVES, J.M. O trabalho análogo à escravidão em áreas rurais no Estado do Pará, e as representações sociais sobre Trabalho e Justiça.. In: **XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho - ABET**, 2017, Rio de Janeiro. Trabalho, crises e Desigualdades: caminhos e descaminhos da sociedade contemporânea, 2017. Disponível em: <<http://abet2017.com.br/world-news/anais-2017/anais-gt-7-trabalho-analogo-ao-escravo-conceitos-manifestacoes-e-desafios-na-sociedade-contemporanea/>>. Acesso em: 9 mar. 2020.

ANDRADE, C. F. O combate ao trabalho em condições análogas à escravidão: “lista suja”. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ISSN 1518-4862, ano 17, n. 3308, 22 jul. 2012. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22226> >. Acesso em: 15 fev. 2019.

ARAÚJO, B. F. S. Uma análise da lista suja no maranhão como ação de repressão no trabalho escravo. **Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas)** - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017, 130 pgs. Disponível em: < <https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/1406/2/BrunaAraujo.pdf> >. Acesso em: 06 out. 2019.

AML Consulting intensifica monitoramento de dados sobre trabalho escravo. **AML CONSULTING**, 12 abr. 2017. Disponível em: < <https://amlreputacional.com.br/midia/aml->

consulting-intensifica-monitoramento-de-dados-sobre-trabalho-escravo >. Acesso em: 12 dez. 2019.

BBC. Juiz condena Odebrecht por trabalho escravo e tráfico de pessoas em Angola. FELLETT, J., 01 set. 2015. Disponível em: <
https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150831_odebrecht_angola_condenacao_pai_jf> Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. Para que serve a ‘lista suja’ do trabalho escravo? COSTA, C., 06 abr. 2015. Disponível em: <
https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150402_trabalho_escravo_entenda_cc> Acesso em: 12 maio 2019.

_____. Por que Brasil parou de divulgar ‘lista suja’ de trabalho escravo tida como modelo no mundo? COSTA, C., 22 dez. 2016. Disponível em: <
<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38386804>> Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central do. Resolução nº 3876, 2010. Disponível em: <
https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3876_v1_O.pdf> Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. **Portaria Interministerial nº 2**, de 12 de maio de 2011. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo e revoga a Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004. Disponível em: <
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P02_11.html> Acesso em: 03 mar. 2019.

_____. **Portaria Interministerial nº 2**, de 31 de março de 2015. Enuncia regras sobre o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga à de escravo e revoga a Portaria Interministerial nº 2, de 12 de maio de 2011. Disponível em: <
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/PORT_INT_02_15.html> Acesso em: 04 mar 2019.

_____. **Portaria Interministerial nº 4**, de 11 de maio de 2016. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Disponível em: <
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTPS/PORT_INTER_04_16.html> Acesso em: 04 mar 2019.

_____. **Portaria MIN nº 1.150**, de 18 de novembro de 2003. Dispõe sobre determinação ao Departamento de Gestão de Fundos de Desenvolvimento Regional da Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional do Ministério da Integração. Disponível em: <

https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-1150-2003_184483.html > Acesso em: 01 maio 2019.

_____. **Portaria MTE nº 1.234**, de 17 de novembro de 2003. Estabelece procedimentos para encaminhamento de informações obre inspeções do trabalho a outros órgãos. Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P1234_03.htm > Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. **Portaria MTE nº 540**, de 15 de outubro de 2004. Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P540_04.html > Acesso em: 22 abr. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 22 de abr. 2019.

_____. **Decreto-Lei n 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm > Acesso em: 24 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.844**, de 18 de junho de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, entre outras alterações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm > Acesso em: 01 junho 2020.

BRASÍLIA. Procurador-Geral da República. **Parecer Nº 12.298/2014-AsJConst/SAJ/PGR**, de 17 dez. 2014. Ação direta de inconstitucionalidade 5.115/DF. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=5814060&ext=.pdf> > Acesso em: 10 jun. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **CNA contesta portaria sobre “lista suja” do trabalho escravo**, 02 maio 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=265928> > Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática. Ação direta de inconstitucionalidade 5.115 Distrito Federal**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 08 maio 2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=223218614&ext=.pdf> > Acesso em: 02 jun. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão monocrática. Ação direta de inconstitucionalidade 5.209 Distrito Federal**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 16 maio 2016. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309555627&ext=.pdf> > Acesso em: 15 jun. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Extinta adi que questionava cadastro do MTE sobre trabalho escravo**, 10 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=204586>> Acesso em: 20 jun 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.209 Distrito Federal**. Assinado por: Min. Ricardo Lewansdowski. Brasília, 23 dez. 2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309555627&ext=.pdf>> Acesso em: 17 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo recebe adi contra cadastro de fiscalização de trabalho em situações análogas à de escravo**, 17 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63782&caixaBusca=N>> Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Ministério da Economia. **Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo**, 10/2019 - 12/2019. Disponível em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SIT/CADASTRO_DE_EMPREGADORES.pdf> Acesso em: 24 jan. 2020.

CARDOSO, L. S. Políticas públicas de prevenção e assistência às vítimas de trabalho escravo no Brasil. **Dissertação (Programa Stricto Sensu em Direito)** - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2018, 169 pgs. Disponível em: <<https://bddd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2491>> Acesso em: 15 jan. 2020

CARVALHO, Diego. MPT Ajuíza Ações Contra Sete Bancos por Crédito a Empresas "lista suja". **Revista Jusbrasil**. 2019. Disponível em: <<https://carvalhoadvocaciajuridica.jusbrasil.com.br/noticias/713034208/mpt-ajuiza-aco-es-contra-sete-bancos-por-credito-a-empresas-lista-suja>> Acesso em: 10 jan. 2020

CARVALHO JUNIOR, C.V; LIMA, U.M. As repercussões penais do trabalho análogo ao escravo na Bahia: Regulação frágil e em disputa. In: **XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho - ABET**, 2017, Rio de Janeiro. Trabalho, crises e Desigualdades: caminhos e descaminhos da sociedade contemporânea, 2017. Disponível em: <<http://abet2017.com.br/world-news/anais-2017/anais-gt-7-trabalho-analogo-ao-escravo-conceitos-manifestacoes-e-desafios-na-sociedade-contemporanea/>>. Acesso em: 9 mar. 2020.

CESÁRIO, João Humberto . Legalidade e Conveniência do Cadastro de Empregadores que tenham Mantido Trabalhadores em Condições Análogas à de Escravo: Compreendendo a \. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 71, p. 78-88, 2005.

CUNHA JÚNIOR, D. da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1. 1296 p.

FILGUEIRAS, V. A.; ALVES, J. S. Trabalho análogo ao escravo no Brasil: regulação em disputa e recentes resgates no Estado da Bahia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 1, p. 303-328, jan./mar. 2014. Disponível em: < <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/61187> > Acesso em: 28 nov. 2019.

FILGUEIRAS, V. A. Trabalho Análogo ao Escravo e o Limite da Relação de Emprego: Natureza e Disputa na Regulação do Estado, ISSN 2245-4373. **Brasiliana – Journal for Brazilian Studies**. Vol. 2, nº 2, nov.2013.

FUNDAÇÃO PROCON SP. Pesquisa comportamental utilização de mão de obra escrava e/ou infantil nas relações de consumo, 2019. Disponível em: < <https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2019/10/Relat-final-escravo-infantil.pdf> > Acesso em: 13 mar. 2019.

GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América Latina. 12. Edição. São Paulo: L&PM, 1999.

GUIMARÃES, A. G. A.; D’ANGELO, I. B. d. M. A escravidão contemporânea no Brasil, seus “nomes” e a lista suja:(im) pactos e retrocessos. **Revista Eletrônica de Direito. RED**, v. 18, n. 1, p. 1-26, 2019.

GOMES, Ângela Maria de Castro ; GUIMARÃES NETO, Regina B. . Trabalho escravo contemporâneo: tempo presente e usos do passado. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. v. 1. 195p .

INSTITUTO ETHOS. Pacto nacional pela erradicação do trabalho escravo. **Auditório JK da Procuradoria Geral da República**, Brasília, 19 maio 2005, atualização – 25 maio 2007. Disponível em: < https://reporterbrasil.org.br/documentos/signatarios_pacto.pdf > Acesso em: 10 jun. 2019.

InPACTO - Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. Lista suja do trabalho escravo completa dois meses de suspensão, 2015. Disponível em: < <https://inpacto.org.br/lista-suja-do-trabalho-escravo-completa-dois-meses-de-suspensao/#:~:text=O%20cadastro%20%C3%A9%20um%20modo,produtivas%20estejam%20livres%20de%20explora%C3%A7%C3%A3o.>> > Acesso em: 10 jun. 2019.

JORNAL ESTADÃO. Procuradoria recomenda a bancos públicos que vetem dinheiro a empregadores de ‘escravos’. MACEDO, Fausto, 26 jul. 2016. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-recomenda-a-bancos-publicos-que-vetem-dinheiro-a-empregadores-de-escravos/> > Acesso em: 14 jul. 2019.

KAUFMAN, L.; OLIVEIRA, T. M. S. P de. O trabalho escravo contemporâneo. **Migalhas**, 23 maio 2014. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/201403/o-trabalho-escravo-contemporaneo> > Acesso em: 14 jul. 2019.

MELO, G. O. A.; LORENTZ, Lutiana Nacur. Uma abordagem interdisciplinar do trabalho análogo ao de escravo nas clivagens: trabalho forçado, degradante e desumano. **Revista do**

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 54, n. 84, p. 263-288, jul./dez. 2011. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74737> > Acesso em: 16 ago. 2019.

MAIS de 1.700 foram encontrados em situação de trabalho escravo em 2018. **SINDICATO NACIONAL ANDES**, 01 fev. 2019. Disponível em: < <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/1-723-trabalhadores-foram-resgatados-de-condicoes-analogas-as-de-escravo-em-20181> > Acesso em: 10 jan. 2020.

MATSUMOTO, J. G.; DUARTE, V. F. Regras da "lista suja" do Trabalho Escravo Necessitam de uma Faxina. **CONJUR**, 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-27/regras-lista-suja-trabalho-escravo-necessitam-faxina> > Acesso em: 05 jul. 2019

MARX, Karl. O Capital, livro I, tomos 1-2. Tradução F. Kothe. São Paulo: Abril, 1983.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1. 1056p

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Trabalho Escravo. ONU BR. Brasília, abr. 2016. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/position-paper-trabalho-escravo.pdf> > Acesso em: 20 jun. 2019.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. OIT alerta para formas contemporâneas de escravidão no Brasil e no mundo, maio 2019. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/oit-alerta-para-formas-contemporaneas-de-escravidao-no-brasil-e-mundo/> > Acesso em: 01 maio 2020.

PACTO NACIONAL PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL. Brasília, 19 maio 2015, 2 pgs. Disponível em: < https://reporterbrasil.org.br/documentos/pacto_erradicacao_trabalho_escravo.pdf > Acesso em: 25 jun. 2019.

PARISIO, I. D. O. Independência entre esferas x comunicabilidade de instâncias: como o STF considera esses conceitos quando se trata das esferas administrativa e penal. Monografia apresentada à Escola de Formação da SBDP. 2016. Disponível em: < <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Isabela-Parisio-D.-Administrativo.pdf> > Acesso em: 24 maio 2020.

PEREIRA, M. D. C. M. A lista suja como instrumento eficiente para reprimir a exploração de mão de obra em condições semelhantes à escravidão. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. e-ISSN: 2525-9857. Minas Gerais, v.1, n.2, p. 273-294, jul/dez. 2015. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/312404319_A_Lista_Suja_como_Instrumento_Eficiente_para_Reprimir_a_Exploracao_de_Mao_de_Obra_em_Condicoes_Semelhantes_a_Escravidao > Acesso em: 24 maio 2020.

PFDC. Atuação do MPF. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/trabalho-escravo/atuacao-do-mpf-pg> > Acesso em: 01 jun 2020

QUEM somos? **ABRAINIC**, [s.d.]. Disponível em: < <https://www.abrainc.org.br/institucional/quem-somos/> > Acesso em: 25 jun. 2019.

REQUERIMENTO de admissão como amicus curiae, 2005. Disponível em: < <https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/ADI%203347%20-%20resumo%20-%20STF%20em%20Foco.pdf> > Acesso em: 10 ago. 2019.

REVISTA EXAME. Empresas usam justiça para sair da “lista suja” do trabalho escravo. TEIXEIRA, Fábio 2019. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/negocios/empresas-usam-justica-para-sair-da-lista-suja-do-trabalho-escravo/> > Acesso em: 15 jun. 2019;

SAKAMOTO, L. Trabalho escravo no Brasil do século XXI. 1º ed. Brasília: **Organização Internacional do Trabalho**, 2006, p. 186 Disponível em: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_227551.pdf > Acesso em: 20 jun. 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. Banco é condenado por emprestar a empregador na "lista suja" da escravidão. **Blog do Sakamoto**, 2019. Disponível em: < <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2019/08/13/banco-e-condenado-por-emprestar-a-empregador-na-lista-suja-da-escravidao/> > Acesso em: 05 set. 2019.

SAKAMOTO, Leonardo. INVESTIR em trabalho escravo: um mau negócio. **Jornal O Globo**, 30 jan. 2013. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/revista-amanha/investir-em-trabalho-escravo-um-mau-negocio-7442468> > Acesso em: 14 set. 2019.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Terra de trabalho, terra de negócio: o trabalho escravo contemporâneo na perspectiva (da violação) dos direitos sociais. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014. v. 1. 342p.

Silva, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1. 928p

SILVA, Luana Figueiró. O combate ao trabalho escravo contemporâneo na sociedade da informação: efetividade e alcance da lista suja do Ministério do Trabalho e Previdência Social. 2017. **Repositório Institucional UNISC**. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/11624/1627> > Acesso em: 05 set. 2019.

SILVA, M. A; COSTA, L. S. S.; Trabalho análogo ao de escravo: a disputa atual sobre o conceito no campo jurídico (o que está em jogo?). **XVI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho**. Disponível em: < <http://www.abet2019.sinteseeventos.com.br/anais/trabalhos/trabalhosgt?simposio=14> > Acesso em: 11 fev. 2020.

SMARTLAB. Observatório da erradicação do trabalho escravo e do tráfico de pessoas, 2020. Disponível em: < <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo> > Acesso em: 01 junho 2020

TIMÓTEO, G. L. S. . Trabalho em condições análogas à escravidão na sociedade de consumo. In: FIGUEIRA, R.; GALVÃO, E; PRADO, A... (Org.). **A universidade discute a escravidão contemporânea: práticas e reflexões**. 1ed, Rio de Janeiro: Mauad, 2015, v. 1, p. 239-251.

VIANA, M. T. Trabalho escravo e “lista suja”: um modo original de se remover uma mancha. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.44, n.74 p.189-215, jul./dez.2006. Disponível em: <
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73833/2006_viana_marcio_trabalho_escravo.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acesso em: 01 mai. 2019.

VIANNA, Giselle Sakamoto Souza. Ser e não ser livre: a morfologia do trabalho escravo contemporâneo em Mato Grosso. 2019. 1 recurso online (339 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP .Disponível em: < <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/334808>> Acesso em: 09 mar.2019.

VIO, B.; HOA, L. Gestão de riscos para pôr fim ao trabalho escravo. **GESTÃO ORIGAMI**, 25 out. 2016. Disponível em: < <https://gestaoorigami.com.br/conteudo/gestao-de-riscos-para-o-fim-do-trabalho-escravo/> > Acesso em: 10 set. 2019.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOS ENVOLVIDOS EM SEQUESTROS DIGITAIS EM FACE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Júlia Fernandes de Mendonça*

RESUMO: O artigo tem por objetivo fazer uma análise dos envolvidos em sequestros digitais sob a perspectiva penal e as infrações configuradas, bem como sob a perspectiva cível e as leis esparsas que compõem o arcabouço brasileiro sobre proteção de dados. Faz-se, de igual maneira, uma relação da nova Lei 13.709/2018 com o objeto do artigo. O estudo compreende, ainda, uma análise sobre a responsabilização civil que pode ser imputada a partir de tal lei. A técnica utilizada nesta pesquisa é a de documentação indireta através de pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, foi necessária a utilização de documentos públicos tais como leis, pareceres jurídicos, informes estatísticos e informações disponíveis em sites, somando-se ainda pesquisa de bibliográfica de livros, artigos e periódicos.

PALAVRAS-CHAVE: Sequestro digital; Proteção de dados pessoais; Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The article aims to make an analysis of those involved in digital hijacking from the criminal perspective and the configured infractions, as well as from the civil perspective and the sparse laws that make up the Brazilian data protection framework. A relation between the new Law 13.709 / 2018 and the object of the article is also made. The study also includes an analysis of civil liability that can be imputed from such law. The technique used in this research is that of indirect documentation through bibliographic and documentary research. Therefore, it was necessary to use public documents such as laws, legal opinions, statistical reports and information available on websites, in addition to a bibliographic search of books, articles and periodicals.

KEYWORDS: Digital hijacking; Protection of personal data; Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Os sequestros digitais: alguns casos reais; 2.1 O caso do grupo do *Facebook* – “Mulheres contra Bolsonaro” e o roubo das informações; 2.2 Extorsão, ameaça, invasão de dispositivo informático em outras situações; 3 Os sequestros digitais e as consequências jurídicas engendradas: A esfera penal; 3.1 Infrações penais configuradas; 3.2 posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais; 4 A responsabilidade civil dos sequestradores digitais com base no Código Civil Pátrio, no CDC e no Marco Civil da Internet; 4.1 A incidência do código civil de 2002. 4.2 o código de defesa do consumidor; 4.3 O Marco Civil da Internet; 5 A nova Lei de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a responsabilidade dos sequestradores digitais; 5.1 Principais inovações normativas; 5.2 A responsabilidade civil dos sequestradores digitais; 6 Considerações finais; 7 Referências bibliográficas.

* Graduanda pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade na qual qualquer informação está a apenas um “clique” de distância, várias ações cotidianas migraram para o mundo virtual, tais como, fazer compras no supermercado, escrever uma agenda com as atividades diárias, resolver situações de trabalho, culminando, tudo isso, para um dia a dia no qual o compartilhamento e o consumo de dados é feito em tempo integral. Ocorre que, para tanto, expomos online diversas informações pessoais, endereços, números de cartões de crédito e até dados bancários.

Essa exponencial exposição torna os usuários, pessoas físicas e jurídicas, e seus respectivos dispositivos informáticos demasiadamente vulneráveis, ao passo que a toda a tecnologia e fornecimento de dados proporciona um ambiente atrativo para a prática de crimes. Variadas espécies destes foram criadas e outras ganharam uma nova roupagem dentro do mundo virtual, como, por exemplo, os sequestros digitais. Esses sequestros normalmente ocorrem por motivações diversas, seja para coagir o usuário de alguma forma ou, na sua configuração mais comum, para obter vantagem financeira ao ser estabelecido um tipo de “regaste” (normalmente pago em moeda virtual).

Em geral, os sequestradores invadem o dispositivo da vítima por meio de vírus de computador, coletando informações e criptografando dados para impedir o acesso à máquina, como ocorre nos ataques de *ransomware*. O estudo desse tema é de grande relevância, visto que esses *cibercriminosos* estão ampliando gradativamente seu rol de vítimas, incluindo também hospitais, tribunais, grandes empresas e arquitetando ataques de âmbito mundial. À vista disso, o entendimento acerca da figura dos sequestros digitais, bem como da responsabilização tanto cível, quanto penal, de forma detalhada, pode auxiliar na prevenção contra os mesmos, evitando que a impunidade prevaleça e mais vítimas sejam afetadas.

2 OS SEQUESTROS DIGITAIS: ALGUNS CASOS REAIS

Indivíduos com mesmas visões de mundo e opiniões semelhantes nunca puderam se organizar com tanta rapidez e destreza como conseguem atualmente por meio da internet e páginas online. Tal conjuntura, somada aos ânimos inflamados causados pela dicotomia político-ideológica brasileira e com a velocidade inerente à sociedade da informação (CASTELLS, 2009), ocasionam, cada vez mais, em diversos protestos e manifestações nos sítios de internet.

2.1 Caso do grupo do Facebook - “Mulheres contra Bolsonaro” e o roubo das informações

No segundo semestre de 2018, durante ápice das eleições presidenciais, uma mulher baiana resolveu tomar uma iniciativa após as questionáveis declarações do presidente à época, Jair Messias Bolsonaro. No dia 20 de agosto de 2018, a publicitária Ludmila Teixeira

criou um grupo denominado “Mulheres contra Bolsonaro”, visando, conforme explicou em sua primeira ação no grupo¹, promover um debate político e social exclusivo para mulheres. Ocorre que, em apenas quinze dias, o grupo tomou gigantescas proporções, alcançando a marca de dois milhões de integrantes. Dessa forma, diante da magnitude alcançada em tão pouco tempo, outros grupos, de ideologias antagônicas, passaram a atacar a criadora e outras mulheres colaboradoras do projeto, que tiveram suas contas pessoais invadidas, incluindo e-mails e até aplicativos, como, por exemplo, o *WhatsApp*.

Em um dos seus relatos para o site de notícias “Catraca Livre”², ela desabafou: “[...] o que parecia uma grande oportunidade de aprofundarmos politicamente nossos anseios e medos do pleito eleitoral, virou um verdadeiro pesadelo em nossas vidas. Estão invadindo nossas contas pessoais na internet, hackeando desde o nosso WhatsApp ao Hotmail, o meu número pessoal de telefone foi resgatado em outra cidade que nunca nem coloquei os pés”. Além de tudo isso, ela ainda precisou sair do aludido grupo, sob orientações do Facebook, passando a desativar sua conta. Conforme seu próprio relato, ela estava, sem dúvidas, com uma “mordaza virtual”, se tornando mais uma vítima dos ataques furtivos dos sequestradores digitais.

Em nossa definição, o sequestro digital se resume na invasão de um dispositivo informático para obter senhas, documentos ou informações pessoais de seu dono, seja ele um usuário particular ou uma pessoa jurídica, tanto de direito público quanto privado. Essa prática consiste, em suma, na contaminação de um dispositivo informático por meio de um *malware*³, que pode ser inserido de maneiras diversas, coletando informações da máquina e podendo, inclusive, criptografar seus dados. Dessa forma, os sequestradores passam a ter o controle de todo o conteúdo do dispositivo, impossibilitando o acesso do usuário.

As formas de invasão podem variar de acordo com a finalidade e o perfil da vítima, consistindo, usualmente, em ataques personalizados. O *malware* mais comum é denominado *ransomware*⁴ e costuma ser o personagem principal nos ataques de grandes proporções dos sequestradores. Esse tipo de contaminação geralmente ocorre por meio de *sites* já infectados que se aproveitam das falhas de segurança do dispositivo, realizando *downloads* sem que o usuário perceba, os chamados *download drive-by*. A partir daí o *malware* faz uma varredura de todo o conteúdo da máquina, desabilitando qualquer possibilidade de contenção ou reversão do ataque. Dessa forma, os arquivos, planilhas, sites visitados, senhas e imagens são criptografados, bloqueando o seu acesso e, conseqüentemente, para conseguir acessar de novo

¹ VIGNÁ, Júlia. Criado por baiana, grupo de mulheres contra Bolsonaro no Facebook sofre ataque cibernético. *Correio da Bahia*. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/criado-por-baiana-grupo-mulheres-contrabolsonaro-no-facebook-sofre-ataque-cibernetico/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

² CRIADORA do grupo contra Bolsonaro: “Sou uma sequestrada digital”. Op. cit.

³ REGAN, Joseph. *Programa malicioso ou software malicioso, é um programa de computador destinado a infiltrar-se em um sistema de computador alheio de forma ilícita*. Disponível em: <https://www.avg.com/pt/signal/what-is-malware/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁴ TIPO de software nocivo que restringe o acesso ao sistema infectado com uma espécie de bloqueio e cobra um resgate em criptomoedas para que o acesso possa ser restabelecido. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/ransomware/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

seus dados, as vítimas são compelidas a pagar uma quantia, por meio de criptomoedas⁵. Essa configuração é a mais comum nos sequestros digitais, consistindo na usurpação dos dados pessoais informáticos das vítimas, para obter vantagem financeira.

No entanto, apesar de recorrente, tal modelo não é o único. Conforme exposto no caso do grupo do Facebook, é possível verificar que as invasões tiveram uma motivação ideológica, objetivando não apenas afetar a individualidade da criadora do grupo, mas também atacar toda uma coletividade que compartilhava daquela visão sobre o cenário político à época. O citado ataque foi, na sua essência, alegórico, visando demonstrar “discordância” dos ideais apresentados.

2.2 Extorsão e invasão de dispositivo informático em outras situações

Diante da constante inserção da tecnologia no dia a dia, vários âmbitos da realidade humana foram virtualizados, inclusive, os crimes. Essa modernização dos delitos expõe, cada vez mais, a vulnerabilidade dos sistemas e dispositivos informáticos, culminando, como ocorreram nos últimos anos, em ataques de proporções gigantescas, com gravíssimas violações perpetradas pelos *cibercriminosos*, incluindo sequestros e extorsões digitais que atingiram todo o globo.

Em meados de 2017, ocorreu um dos maiores casos de sequestro de dados já registrado. Iniciando seu ataque pela Espanha e Reino Unido, o *ransomware* denominado “*Wannacry*”, aproveitou-se de uma falha no sistema operacional *Windows* para se infiltrar e sequestrar dados em redes de todo o mundo, afetando mais de 150 países e fazendo aproximadamente 200.000 vítimas⁶. O principal fator motivador de tamanho dano sucedeu-se devido ao atraso existente entre os avanços conquistados contra as ameaças digitais e a efetiva implantação nos sistemas de segurança.

A supracitada morosidade se tornou ainda mais evidente, ao passo que a referida praga virtual paralisou mais de 16 hospitais no Reino Unido⁷, atingiu a empresa de veículos francesa chamada *Renault*⁸, bem como a multinacional de telecomunicações Telefônica S/A. Durante o ataque, o qual foi direcionado principalmente à pessoas jurídicas, as vítimas tiveram seus arquivos criptografados, ficando impossibilitadas de acessá-los, e chegando a ter que paralisar as suas produções⁹ até o pagamento da quantia solicitada. A ideia dos sequestradores é que os valores cobrados pelos “resgates” sejam relativamente baixos, para que a empresa prefira pagar

⁵ CRIPTOMOEDAS nada mais do que moedas virtuais, utilizadas para a realização de pagamentos em transações comerciais. Disponível em <https://www.politize.com.br/criptomoedas-o-que-sao-e-como-funcionam/>. Acesso em 29 abr. 2020.

⁶ CEBRIÁN. Belén Domínguez. Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁷ CIBERATAQUE paralisa 16 hospitais do Reino Unido. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/internacional/1494602389_458942.html. Acesso em 13 jul. 2019.

⁸ ATAQUE afeta quase cem países, de Renault na França a bancos russos. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/13/internacional/1494668788_755982.html. Acesso em 13 jul. 2019.

⁹ Ibidem.

o valor estipulado, ao optar por tomar maiores providências. Tal objetivo é fortalecido diante da possibilidade de publicização do ataque e do conseqüente receio da vinculação da empresa à um status de “insegura”, dessa forma, a grande maioria tende a buscar ocultar essas situações dos seus clientes.

No Brasil, diversas pessoas foram afetadas por esse gigantesco ataque. Dentre os casos mais gravosos, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) admitiu que foi infectado¹⁰ e procedeu com o envio de *e-mails* aos seus funcionários para determinar o desligamento de suas máquinas, como forma de precaução. Além disso, há relatos¹¹ que empresas como a Vivo e a Petrobrás também procederam com medidas de segurança semelhantes.

Outro nicho de usuários que também sofreu com sequestros digitais foram os que utilizam dispositivos móveis. No início de 2016, foram registrados diversos casos de infecções por *ransomware* na plataforma *Android*, sendo o principal deles denominado “*Simplelocker*”¹². Por meio de arquivos que simulam jogos e aplicativos reais e já conhecidos, esse *malware* imita ícones e os nomeia com nomes populares, tais como: “*Adobe Flash Player*” ou “*Video Player*”. Dessa forma, a vítima acaba acreditando que se trata do verdadeiro aplicativo e faz o *download* pela “loja virtual” do *Android*, a *Google Store*. A partir daí, o *Simplelocker* se alastra pelo sistema, dificultando o acesso a arquivos e impedindo a utilização da “interface do usuário”. Assim, para que a vítima possa retomar o acesso regular dos seus tablets, celulares e dispositivos móveis em geral, ela deve, como de praxe, pagar uma quantia determinada.

Há, ainda, uma outra forma de invasão que o Brasil é líder¹³ na quantidade de usuários afetados, o *phishing*. Trata-se de uma fraude eletrônica pela qual dados da vítima são roubados, mediante um sítio ou *e-mail* com informações falsas. O método mais comum é o envio de um *e-mail*, copiando o estilo de comunicação de uma empresa real e confiável, no qual contém *links* que redirecionam para um sítio fraudulento, induzindo o usuário a informar dados e senhas de cartões, bancos e outras credenciais de acesso importantes. Já existem, ainda, registros de *phishing* ainda mais sofisticados¹⁴ que, também via *e-mail*, convidam a vítima a entrar em um sistema de buscas de vagas de emprego, solicitando a instalação de um aplicativo. Entretanto, o que ocorre é o redirecionamento do usuário para um servidor na nuvem, o qual realiza o *download* automático de um instalador semelhante a um arquivo do *Word*, espalhando no dispositivo o trojan bancário denominado *Gozi*¹⁵.

¹⁰ D’URSO, Luiz Flávio Filizzola; D’Urso, Luiz Augusto Filizzola. Ataque cibernético mundial é a comprovação da insegurança na internet. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/ataque-cibernetico-mundial-comprova-inseguranca-internet>. Acesso em: 01 ago. 2019.

¹¹ Op. cit. Acesso em: 01 ago. 2019.

¹² BREWSTER, Tom. Simplelocker Android malware locks up mobile data and demands a ransom. *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/jun/05/simplelocker-android-ransomware-malware-virus>. Acesso em: 01 ago. 2019.

¹³ ROHR, Altieres. Brasil é o país com mais usuários atacados por phishing. *GI*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2019/05/20/brasil-e-o-pais-com-mais-usuarios-atacados-por-phishing.ghtml>. Acesso em: 01 ago. 2019.

¹⁴ RODRIGUES, Renato. Brasil é o País com mais usuários atacados por phishing. *Kaspersky Daily*. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/brasil-ataques-phishing/11826/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁵ MALWARE utilizado em roubos financeiros. Disponível em: <https://www.enigmasoftware.com/pt/gozitrojan-remocao/>. Acesso em: 01 ago. 2019.

Evidente, portanto, estarmos vivenciando uma crescente e diversificada criação de mecanismos para invasão de dispositivos informáticos, sendo necessário que se direcione cada vez mais atenção para o estudo da temática.

3 OS SEQUESTROS DIGITAIS E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS ENGENDRADAS: A ESFERA PENAL

A já citada velocidade que é inerente ao âmbito digital, junto a crescente diversificação das formas de atuação dos *ciberdelinquentes*, acarreta uma carência de tipificação para os crimes cibernéticos (2016, p.83). Ao longo do tempo, devido a tal contexto fático, foram ocorrendo tentativas de subsumir as condutas dos casos concretos em tipos penais preexistentes. Muitos promotores, por exemplo, nos casos de cópia indevida de dados ou informações, procediam com o oferecimento da denúncia em face do crime de furto (Art. 155, CP). Ocorre que esses tipos de analogia, chamadas por Damásio de Jesus e José Antônio Milagre de “enquadramentos forçosos” (2016, p.83), acabam gerando diversas discussões na doutrina sob a perspectiva da analogia “*in malam partem*” e sob o princípio da reserva legal, sem chegar a um consenso efetivo.

3.1 Infrações penais configuradas

A Lei nº 12.737/2012 que ficou conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” e a consequente tipificação do delito de invasão de dispositivo informático, foi importantíssimo para, finalmente, possibilitar um melhor “encaixe” aos crimes relacionados a roubo de dados. O artigo 154 – A do supracitado texto normativo tipifica o ato de invadir dispositivo informático alheio, que esteja conectado ou não à rede de computadores, quando ocorre uma violação indevida de algum mecanismo de segurança, com o objetivo de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, prevendo, como pena, a detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, bem como multa.

Tal tipificação objetivou, em suma, a proteção da intimidade, privacidade e da segurança da informação de indivíduos e empresas, que abrangem também seus respectivos dispositivos informáticos. Damásio de Jesus e José Antônio Milagre, de maneira objetiva, definem o bem tutelado por esse tipo penal, como sendo a “liberdade individual de manter íntegros os dados dispostos em preceito informático”, objetivando também manter ilesos os próprios dispositivos, protegidos por mecanismos de segurança de acessos não autorizados que tem por finalidade “a) obter dados (objeto da alteração); b) alterar dados; c) destruir dados; d) instalar vulnerabilidade para obter vantagem ilícita” (2016, p.88).

O sequestro digital, objeto do presente artigo, enquadrar-se-ia nesse delito no que concerne aos ataques que não envolvem vantagem financeira, como o caso do grupo “mulheres contra Bolsonaro”, ora discutido. Isso porque, a invasão do dispositivo e das contas de *Hotmail*

e *Facebook* das colaboradoras do grupo, com o objetivo de obter informações, já configuraria o delito.

A referida tipificação também foi extremamente importante para o enquadramento dos casos de “*Ransomware as a Service*”, ou também conhecido como “*RAAS*”. O “*RAAS*” consiste em um modelo de negócio criado por grupos de *hackers* que possibilita a compra e desenvolvimento de um *malware* personalizado, tendo como foco uma vítima específica. Essa comercialização acontece por meio da *darknet*¹⁶ e vem ocorrendo com mais frequência desde 2016, sendo seu público alvo principalmente governos, empresas privadas, ativistas ou até mesmo terroristas. Os cibercriminosos criam “*kits*” que, por meio do método de “tentativa e erro”, são adequados aos interesses do contratante. Desse modo, o referido artigo foi extremamente preciso em seu §1º¹⁷, na medida em que incriminou a prática de produzir, oferecer, distribuir e vender a terceiros, programas ou dispositivos de computador que possibilitem a prática da invasão de dispositivo de forma terceirizada.

No entanto, o principal método utilizado na prática dos sequestros, conforme já explicitado, envolve a intenção de obter vantagem financeira, sendo cobrado um tipo de “resgate” para autorizar novamente o acesso aos dados. Tal conduta, quando nesses moldes, se subsume ao crime de extorsão, presente no art. 158 do Código Penal. Isso porque, o delito engloba todas as características de um ataque de sequestro digital mais comum, como, por exemplo, os realizados por meio dos já mencionados *ransomwares*, tendo em vista que consiste basicamente no “constrangimento de alguém”, pessoa física ou jurídica, mediante “grave ameaça”, bloqueando seu acesso aos dados digitais, visando obter vantagem ilícita, qual seja, o “resgate” pago por *criptomoedas*. Sendo assim, o delito do artigo 154-A do Código Penal se torna o que Nelson Hungria chama de “soldado de reserva”, deixando de ser aplicado pela existência de norma penal principal mais gravosa (p. 147 *apud* BITENCOURT, 2012, p. 284).

Por fim, importa salientar que o delito de extorsão é considerado pacificamente pela doutrina como crime formal, portanto, mesmo que o resgate solicitado pelos sequestradores não seja efetivamente pago, o crime já se consumou.

3.2 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais

Existem inquietações na doutrina acerca da aplicação de alguns tipos penais informáticos no caso concreto. O principal debate gira em torno do delito tipificado pelo artigo 154-A que, apesar de estabelecer uma finalidade de agir por meio do dolo específico de “obter, adulterar ou destruir dados ou informações do titular do dispositivo” ou “instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”, a doutrina, em sua maioria, entende se tratar de

¹⁶ É o termo usado para classificar partes da internet que estão escondidas e podem ser de difícil acesso sem a utilização de um software especial.

¹⁷ Art. 154 – A, § 1º da Lei 12.737 – “Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput”.

um crime formal, ou seja, apenas o ato de “invadir” o dispositivo já consumaria o delito, configurando todas as outras consequências como um mero exaurimento.

Nesse ínterim, Márcio André Lopes (2012) é taxativo ao discorrer sobre o assunto, asseverando tratar-se de um crime formal que se consuma apenas com a invasão, não se exigindo a ocorrência do resultado naturalístico. Para ele, em verdade, a adulteração ou destruição de dados do titular do dispositivo ou a instalação de vulnerabilidades não precisam efetivamente acontecer para que o crime esteja consumado. De igual maneira, Damásio de Jesus e José Antônio Milagre asseveram que o crime é formal, não importando que finalidade descrita no tipo seja atingida para a consumação (2016, p.93). Para eles, é suficiente apenas a ocorrência da invasão, não importando o resultado. Outrossim, Marcelo Crespo (2015) também coaduna com esse entendimento, concluindo que o crime se consuma mesmo sem a efetiva obtenção, adulteração ou destruição de dados. À vista disso, vale destacar que baseando-se nessa parte da doutrina, o caso prático do *Facebook* discutido anteriormente, se enquadraria nesse tipo penal. Isso porque, o crime se consumaria no momento da invasão do dispositivo das colaboradoras do grupo.

Por outro lado, concordando com a parte doutrinária minoritária, Túlio Vianna e Felipe Machado afirmam tratar-se de crime material, visto que só seria consumado com a efetiva leitura, escrita ou execução dos dados do sistema computacional (2013, p.120).

Por fim, para a análise da aplicação ou não desse tipo no caso concreto, vale destacar o julgamento do REsp 1461946, citado por Daiane Fanti Tangerino¹⁸, de relatoria do Ministro do STJ, Sebastião Reis Júnior, publicado em 29 de abril de 2016. A conduta do réu consistiu na posse de um aparato computacional, conhecido como “chupa-cabra”, utilizado na captura de dados bancários dos clientes constantes em cartões magnéticos e confecção de outros cartões, nos quais eram inseridos os dados obtidos ilicitamente.

Ocorre que o Ministro Relator julgou que “a conduta atribuída ao réu não constitui delito informático, mas sim crime patrimonial”. Em verdade, para ele, houve cometimento de furto qualificado, em continuidade delitiva, com a subtração reiterada de numerário em contas bancárias por meio de cartões magnéticos fraudados (cartões clonados) e não crime informático, nos seguintes termos: “Ora, é de conhecimento notório que a norma em questão, conhecida popularmente como “Lei Carolina Dieckmann”, possui o claro e específico intuito de tipificar e reprimir aqueles delitos ditos informáticos. Entretanto, tem-se que a conduta imputada ao réu constitui, flagrantemente, crime de cunho patrimonial” (excerto do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Apelação Criminal n. 6.810/PE – 2007.83.08.001065-4) (grifos nossos). Conclui-se, em verdade, que, nessa situação, o delito do art.154-A do CP, foi apenas um crime “meio” para a consumação do delito de furto, sendo, portanto, por este absorvido.

¹⁸ TANGERINO, Daiane Fanti. Invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP) e o STJ. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/invasao-de-dispositivo-informatico/>. Acesso em: 30 ago. 2019.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SEQUESTRADORES DIGITAIS COM BASE NO CÓDIGO CIVIL PÁTRIO, NO CDC E NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Diante do atual contexto da sociedade da informação, para que seja possível a operacionalização da tutela de proteção de dados dentro do ordenamento, sobretudo antes da Lei 13.709/18, é necessário estabelecer um diálogo entre as leis esparsas, ainda que elas guardem seu fundamento último na Constituição Federal (MARTINS, 2014, p.119). Dessa forma, se faz prudente uma análise conjunta e dialógica, por meio do “diálogo das fontes”, combinando variadas leis do ordenamento brasileiro, de modo a formar um sistema coerente e passível de ser aplicado pelo operador do direito (MENDES, 2014, p.192). A aludida teoria, conforme ensinado por Claudia Lima Marques (2017), consiste, em termos simples, na aplicação simultânea, coerente e coordenada das múltiplas fontes legislativas, dentre elas, leis especiais e gerais com campos de aplicação convergentes, mas não iguais.

Nesse ínterim, a partir da compreensão da importância de uma análise conjunta do ordenamento para uma aplicação prática do direito a proteção de dados, principalmente no âmbito civilista, passamos a análise direcionada ao tema deste artigo.

4.1 A incidência do Código Civil de 2002

Como sabido, o Código Civil (Lei 10.406/02) não foi concebido em um contexto com relações digitais tão delineadas, todavia, gerou subsídios primários e gerais para a verificação da responsabilidade dos delitos informáticos, especialmente no que concerne ao âmbito da responsabilidade civil e contratos. Em seu texto legal, foi ensinado que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, não sendo admitida qualquer limitação voluntária sobre o exercício desses direitos (Art. 11, CC), exceto nos casos previstos em lei.

Dentre os direitos da personalidade elencados, foi incluído em seu artigo 21, a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, asseverando, inclusive, que o juiz poderá, a requerimento do interessado, adotar as “as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Deste modo, o Código Civil contribuiu para delinear os caminhos para uma posterior tutela da proteção de dados pessoais no Brasil, visto que “a vida privada” assinalada como inviolável em 2002, guarda grandes relações com o que é partilhado na internet e dispositivos informáticos na atualidade (MENDES, 2014). Além disso, ao direcionar ao judiciário a responsabilidade para conceder as “providências necessárias” nos casos de violação à privacidade, o código abriu um leque primordial para a responsabilização dos que agem de forma a ferir tal direito (MENDES, 2014, p.114). Portanto, o Código Civil estabeleceu as linhas gerais para possibilitar a tutela da privacidade de dados *online*, o que repercute diretamente no tema aqui debatido, sequestros digitais.

4.2 O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990) foi uma das primeiras leis brasileiras que tratou expressamente de alguns aspectos da proteção de dados pessoais, inclusive, versando sobre novas tecnologias de processamento de dados. Trata-se de uma norma destinada à proteção da parte hipossuficiente da relação contratual, com relevante conteúdo principiológico contra os abusos praticados pelos fornecedores de um produto ou serviço (PASSOS, 2017, p.84).

Em seu artigo 43, o CDC inovou ao regulamentar os bancos de dados e cadastros dos consumidores, exigindo o atendimento a parâmetros norteadores legais. Essa imposição de paradigmas basilares visa ajustar o desequilíbrio entre as partes e resguardar a intimidade e privacidade do consumidor, que não possui recursos para se empoderar em face à dinâmica agressiva do mercado. O citado código foi preciso e vanguardista ao lidar com as novas formas de tecnologia e tratamento de dados, inseridos no contexto da sociedade da informação. Ora, diante da modernização e informatização das relações, só é possível concretizar o dever de proteção ao consumidor, mediante o reconhecimento do direito básico à proteção de dados pessoais (MENDES, 2014, p.202).

Sendo assim, interessante se faz destacar um dos primeiros julgados da jurisprudência brasileira que avançou na discussão acerca da privacidade à proteção de dados pessoais, a Apelação tombada sob o nº 0195078-74.2010.8.26.0100, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Esse acórdão discutiu a responsabilidade civil da Google em relação a indevida divulgação de uma imagem da residência e dos dados pessoais de um indivíduo, pelo serviço *Google Maps*. A empresa foi condenada, em primeira instância, ao pagamento de indenização por danos morais. No Tribunal, foi confirmado o dever de indenizar, porém, o montante foi reduzido.

O acórdão destrinchou a ideia da responsabilidade do fornecedor e a sua relação com a proteção de dados: “(...) não convence a alegação da ré de que não tem condições técnicas de evitar que tais informações, removidas em obediência à liminar, sejam inseridas em seu mapas por um usuário qualquer ou pela criação de um outro 'site' que tenha tais informações”. Concluiu-se, ainda, que nesse caso não havia terceiros envolvidos, sendo, portanto, de responsabilidade única do *Google Maps* a obrigação de possuir sistemas de proteção à privacidade e intimidade do indivíduo, com base no “risco da atividade”. Portanto, ou a empresa deve criar mecanismos de proteção aos clientes ou continua a correr o risco de responder por eventuais danos que seu serviço vier a causar.

Destarte, infere-se que foi imposta uma obrigação de indenizar à empresa não só por conta de uma utilização arbitrária dos dados do consumidor, mas, principalmente, devido a omissão da mesma em estabelecer sistemas de proteção da privacidade adequados (MENDES, 2014, p.160). Nesse julgado, o princípio do “risco da atividade” (Art. 927, § único, CC), o qual consiste na responsabilização do causador do dano, independente de culpa, quando a atividade desenvolvida incorre em risco para os direitos de outrem foi inserido em um contexto das novas tecnologias e formas de tratamento de dados.

Somado ao citado princípio, a responsabilidade objetiva do fornecedor (Art. 14, CDC) e o direito básico de reparação de danos (Art. 6º, inciso VI, CDC), levam a consolidar uma

obrigação do fornecedor em manter os dados pessoais dos usuários seguros, tomando as medidas necessárias para tal objetivo. Isso porque, principalmente no âmbito digital, o estabelecimento de uma “segurança” exige um demasiado cuidado, devido a estruturação da internet estar sempre suscetível a diversas formas de ataque, o que podemos relacionar diretamente com o objeto do presente artigo. Nessa senda, interessante se faz levantar a seguinte situação hipotética: Determinada empresa “X” possui um banco de dados pessoais dos seus usuários e acaba sofrendo um ataque de *ransomware*, tendo todo o seu conteúdo sequestrado. Caso tais dados sejam publicizados, deletados ou utilizados de forma a causar dano aos usuários, poderiam esses exigir alguma reparação frente à empresa “X”?

Para Laura Schertel Mendes (2014) a resposta seria “sim”, visto que, em geral, as ameaças de segurança aos sistemas de informação não são imprevisíveis ou inevitáveis e decorrem, usualmente, da utilização de sistemas de segurança antiquados ou fora dos padrões recomendados. Dessa maneira, a concretização de um ataque de *ransomware* estaria severamente ligado a alguma deficiência no sistema de segurança da empresa, havendo nexo de causalidade direto entre a atividade da empresa fornecedora com o dano causado ao consumidor. Conclui-se, portanto, que o dever de indenizar seria plenamente viável nos casos de sequestro digitais

Por fim, vale ressaltar a existência do instituto do *recall* (Art. 10, §1º e §2º, CDC), que estabelece a obrigação de comunicação imediata da autoridade competente e dos consumidores quando ocorre um incidente de segurança que possa acarretar em riscos. Retomando a hipótese outrora suscitada, ao sofrer o aludido ataque, a empresa “X” deveria informar imediatamente aos seus clientes sobre o ocorrido, bem como à respectiva autoridade competente. Nesse sentido, arremata-se o entendimento de que os fornecedores que lidam com banco de dados pessoais no âmbito digital, devem se preocupar ainda mais com a seguridade dos seus sistemas de proteção, diante da velocidade na qual a tecnologia evolui, tomando todas as precauções necessárias frente os novos riscos e ameaças.

4.3 O Marco Civil da Internet

O Marco Civil da Internet foi uma reivindicação da sociedade civil que exigiu o estabelecimento de direitos dos usuários de *internet*, antes de qualquer criminalização de condutas *online*. Para tanto, contou com um amplo debate colaborativo, pioneiro em âmbito mundial, que ficou disponível para consulta pública entre novembro de 2009 e junho de 2010, recebendo mais de mil contribuições¹⁹. Dessa forma, a Lei 12.965/14, trouxe consigo respostas legislativas que contribuiriam para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e, principalmente, para o reconhecimento de direitos e sua extensão para a *internet* (FORTES, 2018, p.120).

¹⁹ RONCOLATO, Murilo. Regulamentação do Marco Civil recebeu 1;2 mil contribuições. *Estadão*. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,regulamentacao-do-marco-civil-recebeu-12-mil-contribuicoes,10000029384>. Acesso em 15 ago. 2019.

Dentre os principais pontos tratados, podemos verificar uma importante mudança na concepção do espaço da *online*, deixando de considerá-lo como um mero ambiente de entretenimento, para reconhecê-lo como uma arena de desenvolvimento da personalidade do indivíduo e o exercício pleno da cidadania (PASSOS, 2017, p.91). Outrossim, esse texto legal tem seu alicerce em um tripé axiológico, pautado na neutralidade, privacidade e liberdade de expressão (MARTINS, 2017, p.111). Além disso, em seu artigo 7º, foram elencados diversos direitos e garantias dos usuários para nortear as formas de utilização da *web*, dentre eles, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, estabelecendo hipóteses de responsabilização civil em casos de violação.

Restringindo-se ao objeto desse artigo, a Lei 12.965/14 foi importante no sentido de impor aos provedores de Internet ou serviços o dever de registrar os *logs*²⁰ das atividades de seus usuários, tendo em vista que, na grande maioria dos crimes digitais, para que seja possível a apuração da autoria do delito, é necessária a contribuição de terceiros que fornecem e administram as aplicações as quais serviram de ambiente para o crime.

Os provedores de *internet* são, em regra, os que possibilitam o acesso do usuário à rede, atribuindo-lhe um endereço de IP (*Internet Protocol*) em uma determinada faixa de data e horário, visando a sua identificação. Além disso, ao interagir com serviços na *internet*, como *blogs*, *e-mails* e redes sociais, o usuário tem seus dados registrados por essas aplicações (fornecedores dos serviços), criando o que se chama de “registro de acesso a aplicações na internet” (JESUS; MILAGRE, 2016, p.170). Assim, os provedores de serviços passam a armazenar dados que ajudam na identificação da autoria de delitos informáticos, conforme explicam Damásio de Jesus e José Antônio Milagre (2016): “Obtendo-se os dados de acesso às aplicações daquele que utilizou o serviço para más finalidades, pode-se, através do IP que será fornecido, descobrir qual o provedor de acesso associado”, dessa forma, pode “oficiá-lo, para que apresente os dados físicos (nome, endereço, RG, dentre outros) da pessoa responsável pela conta de internet a qual estava atribuído o referido IP, na exata data e hora da atividade maliciosa”.

Diante disso, o Brasil alcançou uma mudança significativa no combate aos crimes digitais, principalmente levando em consideração o estabelecido nos artigos 13º e 15º do Marco Civil, os quais regulamentaram o registro dos dados dos usuários, possibilitando seu acesso pela via judicial. No citado artigo 13º, tal lei estabeleceu que devem ser mantidos os registros de conexão, em ambiente controlado e de segurança, pelo administrador de sistema autônomo, durante o prazo de 1 (um) ano. Tal determinação transmitiu a tais operadores uma maior responsabilidade no que tange não só o tratamento, mas também à necessidade de armazenamento e manutenção dos dados dos seus consumidores. Interessante se faz destacar também o disposto no seu §1º, o qual estabelece que a referida responsabilidade pela manutenção de registros de conexão não pode ser transmitida a terceiros, solidificando ainda mais o compromisso do administrador. Ressalte-se, de igual maneira, o disposto no §5º, o qual

²⁰ É uma expressão utilizada para descrever o processo de registro de eventos relevantes num sistema computacional.

preleciona que, em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros deverá ser precedida de autorização judicial.

Outrossim, o mencionado artigo 15º, igualmente reforça o conceito de manutenção dos registros de acesso à internet, fazendo um recorte no que concerne aos provedores que exercem a atividade de forma organizada e profissionalmente, nos seguintes termos: “o provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet” estabelecendo, ainda, a incumbência de fazê-lo sob “sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”. Enfatize-se que tal determinação se torna mais abrangente ao passo que seu § 1º estabelece que até os provedores de aplicações de internet não abarcados pelo *caput* podem ser obrigados a guardar registros de acesso às suas aplicações, mediante ordem judicial. Diante das considerações feitas, verifica-se que a Lei 12.965/2014 foi essencial na regulamentação e organização de recursos que possibilitam a captação de informações identificadoras da autoria de crimes digitais -inclusive sequestros -, viabilizando a punição dos seus responsáveis.

5 A NOVA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE DOS SEQUESTRADORES DIGITAIS

Após análise de algumas normas que interpretadas de forma conjunta fazem parte do arcabouço da proteção de dados pessoais no Brasil, é possível verificar, ainda, a existência de algumas lacunas a serem supridas pelo ordenamento brasileiro. Conforme outrora exemplificado, país já dispunha de diversas leis esparsas que influenciavam direta e indiretamente na proteção à privacidade de dados pessoais, contudo, a falta de uniformização gerava imprecisões e, por conseguinte, insegurança jurídica. Nesse ínterim, a criação da Lei nº 13.709/2018 foi extremamente necessária para sistematizar as ideias discutidas nas normas preexistentes, bem como para trazer inovações e diretrizes visando uma melhor efetividade do controle de dados.

5.1 Principais inovações normativas

Uma das características mais marcantes da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é o fato de ser uma norma enciclopédica, ou seja, que possui um caráter educativo e autoexplicativo, ao elucidar conceitos como “dados pessoais” (Art. 50, inciso I, LGPD) e “tratamento” (Art. 50, inciso X, LGPD). Outra marcante particularidade diz respeito ao estabelecimento de princípios que buscam guiar a interpretação legislativa acerca dos dados pessoais, tais como, o princípio da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso aos dados por parte dos titulares, da qualidade dos dados, da transparência e da não discriminação (Art. 6º, LGPD).

A LGPD também estabeleceu, de maneira expressa, em seu artigo 7º, os requisitos para possibilitar o tratamento de dados, reunindo ideias já trazidas, por exemplo, pelo CDC, e

acrescentando pontos relevantes ao delimitar que o aludido tratamento apenas poderá ser realizado mediante o fornecimento de consentimento pelo titular, nos casos de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, ou ainda, por parte da administração pública, no que tange aos dados “necessários à execução de políticas públicas previstas em leis ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres [...]” (grifos nossos). Além disso, também possibilitou o tratamento nos casos de realização de estudos por órgão de pesquisa, quando houver necessidade da execução de contrato ou de procedimentos ao relacionados seu objeto, bem como nos cenários relativos à tutela da saúde, vida ou incolumidade física de terceiros. Ainda, de igual maneira, viabilizou o citado tratamento quando for indispensável para “atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”. Importa destacar que supracitado consentimento “realizado pelo titular” deve ser expresso, na forma escrita ou não, em cláusula destacada dos demais termos contratuais (Art. 8, §1º, LGPD). Ressalte-se também que o controlador dos dados está proibido de dar tratamento diverso daqueles informados inicialmente e, caso altere a finalidade do tratamento, deve requerer novo consentimento do titular (Art. 8º, §6º, LGPD).

Outro fator que merece ênfase é a relação do indivíduo com o tratamento dos seus dados pessoais. Os titulares agora tem direitos expressos para: a) confirmar a existência de tratamento do seus dados; b) corrigi-los quando estiverem incompletos ou inexatos; c) obterem informações sobre a possibilidade ou não de consentir com tal tratamento e tomar conhecimento das consequências da negativa; (Art.18, LGPD).

Em âmbito global, as relações internacionais do Brasil também foram impactadas pela Lei 13.109/18. Isso porque, no primeiro semestre de 2018 entrou em vigor uma nova regulamentação europeia, denominada “*General Data Protection*” (GDPR), a qual possui eficácia e aplicação extraterritorial. Nesse sentido, empresas nacionais que prestam ou oferecem serviços na região da União Europeia, devem se adaptar à nova regulamentação, sob risco de perderem os contratos outrora firmados. A GDPR também gerou óbice no que tange à transferência internacional de dados pessoais para países que não possuem um nível adequado de proteção. Dessa forma, ao estabelecer uma Lei Geral de Proteção de Dados, o Brasil passa a compor o rol de países interligados comercialmente à União Europeia, para os quais tais dados podem ser transferidos de forma segura, o que certamente ocasionará em fortes impactos econômicos e comerciais (MONTEIRO, 2014). Em breve, a LGPD também possibilitará a entrada do Brasil no rol de mais de cem países²¹ adequados na proteção e uso de dados, possibilitando o processamento de informações oriundas o que irá, conseqüentemente, fomentar e avolumar os setores de tecnologia e de informação.

Nota-se, portanto, que o país está passando por uma mudança de paradigma extremamente relevante, implantando uma nova cultura de proteção de dados sistemática e elucidativa. Isso posto, resta evidente que as empresas devem buscar, cada vez mais, a

²¹ BANISAR, David. *National Comprehensive Data Protection/Privacy Laws and Bills 2019*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1951416>. Acesso em: 21 ago. 2019

adaptação gradativa aos novos e necessários parâmetros trazidos pela a Lei 13.709/18 e suas eventuais influências no âmbito público e privado, *online* e *offline*.

5.2 A responsabilidade civil dos sequestradores digitais

Após uma análise geral sobre as principais inovações normativas da Lei 13.709/2018, passemos para um recorte dos avanços relacionados com o objeto do presente projeto. É fato que LGPD trouxe elementos significativos para uma maior segurança e sigilo dos dados pessoais, sendo um dos principais deles a determinação expressa que os agentes de tratamentos (Empresas) devem adotar medidas de segurança capazes de conter acessos não autorizados, eventos acidentais ou ilícitos de destruição, perda e alteração, além de garantir proteção frente a qualquer outra ocorrência de tratamento inadequado ou ilícito (Art.46). Essa ideia é complementada pelo artigo 49, o qual fixa que os sistemas de tratamento dos dados devem ser estruturados para atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e aos princípios gerais da LGPD. Ainda, a Lei também estabelece que inobservância do princípio da segurança (Art. 6º, VII) pode, em caso de dano ao titular, gerar responsabilidade civil e criminal solidária entre controlador e operador, além de impor o dever de reparar os danos (Art. 42).

Verifica-se, portanto, que a LGPD reforça a situação hipotética outrora posta em discussão no presente artigo, responsabilizando qualquer empresa que seja vítima de um sequestro digital e tenha os dados de seus usuários utilizados de forma indevida. Isso porque, conforme já debatido, a empresa deve manter seus mecanismos de proteção sempre atualizados, não sendo cabível a alegação de caso fortuito, já que trata-se do próprio “risco da atividade”. É perceptível, ainda, o desenvolvimento das figuras do “controlador” e do “operador” de dados pessoais (Art.37), com a delimitação de suas atribuições nos artigos 41 e 39, respectivamente. O controlador tem como função principal indicar quem ficará encarregado pelo tratamento dos dados pessoais e pela transmissão das instruções para o “operador”, bem como possui a obrigação de prestar esclarecimentos, adotar providências, e receber comunicações das autoridades competentes, além de orientar funcionários e contratados do “operador” acerca das práticas adequadas a serem adotadas. Tal fragmento da lei foi de relevante importância no que concerne à proteção contra sequestros digitais, porquanto a autoridade competente poderá solicitar ao controlador um relatório de impacto referente às operações de tratamento, possibilitando pôr em prática ações efetivas para a proteção de danos (Art. 38)

De igual maneira, ressalte-se que a LGPD determinou que o controlador deve comunicar à autoridade competente e ao titular, em prazo razoável, sobre a ocorrência de qualquer incidente de segurança que possa acarretar risco ou danos aos seus titulares (Art.48). O referido artigo claramente dialoga com a figura do *recall*, já normatizada anteriormente pelo Código do Consumidor (Art.10 § 1º,2º) e aqui debatida. Evidente, portanto, que esse ponto abordado pela lei, faz notória diferença na contenção de danos após um *ciberataque* dos sequestrados digitais, visto que estipula a obrigação das vítimas serem informadas sobre o incidente de segurança, possibilitando a busca pelas providências cabíveis. Por fim, a Lei 13.709/18 também inova ao elencar sanções administrativas quando ocorrerem infrações às normas estabelecidas, no

entanto, tais penalidades não substituem a aplicação de outras - civis, penais ou administrativas -, já previstas em legislação específica.

À vista das diversas elucidações aqui trazidas, conclui-se pela urgência e necessidade do desenvolvimento célere e crescente de mecanismos e figuras legais que permitam, cada vez mais, uma efetividade na proteção dos dados pessoais, tendo em vista que qualquer “falha” nesse aspecto possui grande potencial destrutivo, podendo atingir uma quantidade incontável de vítimas, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, já que todas passam a ter um status de vulnerabilidade ao armazenar suas informações em dispositivos informáticos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo discutir o avanço da tecnologia e a sua forte influência no aparecimento de novos crimes ou novas configurações de antigos delitos. Os *cibercriminosos* se aproveitam da falta de discernimento dos usuários, da leniência das empresas na busca da atualização dos seus sistemas de segurança, bem como da dificuldade na normatização dos delitos, para realizarem seus ataques. Verificou-se que os mecanismos que possibilitam o anonimato, como o uso da *darknet*, associados a brechas informáticas, auxiliam na concretização dos mesmos. Dessa forma, a análise da responsabilização, tanto na esfera penal quanto cível, é extremamente necessária, ao passo que estabelece limites e contribui para uma melhor compreensão e prevenção das investidas realizadas. Para tanto, exige-se o estabelecimento de um diálogo das fontes utilizando-se de todo o arcabouço legislativo ora apresentado, sob ambas as aludidas esferas. Somado a isso, ao analisar a Lei 13.709/18 e suas novas diretrizes, é possível verificar um considerável avanço para a prevenção dos sequestros digitais, objeto do presente artigo, sendo possível o vislumbre de um futuro promissor para a tutela de dados.

Em contrapartida, verifica-se também a necessidade de uma colaboração cíclica de diversos agentes para que a prevenção seja efetiva. Nesse sentido: a) os usuários devem buscar se informar mais sobre os perigos online, analisando a veracidade de sítios e e-mails, sem fornecer dados de maneira aleatória; b) as empresas devem promover uma efetiva movimentação para atualizar e modernizar seus sistemas de segurança regularmente, a fim de gerar menos danos aos seus clientes e a elas próprias; c) o governo deve focar em uma efetiva tutela prática e legislativa para a proteção de dados, sempre atentos as mudanças exponenciais que o mundo virtual possibilita.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAQUE afeta quase cem países, de Renault na França a bancos russos. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/13/internacional/1494668788_755982.html.

BANISAR, David. *National Comprehensive Data Protection/Privacy Laws and Bills 2019*. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1951416>. Acesso em: 21 ago. 2019

BREWSTER, Tom. Simplexer Android malware locks up mobile data and demands a ransom. *The Guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2014/jun/05/simplexer-android-ransomware-malware-virus>. Acesso em: 21 ago. 2019

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Primeiros comentários à Lei n.º 12.737/2012, que tipifica a invasão de dispositivo informático. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2012/12/primeiros-comentarios-lei-127372012-que.html>.

CEBRIÁN, Belén Domínguez. Cibertaque: o vírus WannaCry e a ameaça de uma nova onda de infecções. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/14/internacional/1494758068_707857.html.

CIBERATAQUE paralisa 16 hospitais do Reino Unido. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/12/internacional/1494602389_458942.html.

CRESPO, Marcelo. As Leis nº 12.735/2012 e 12.737/2012 e os crimes digitais: acertos e equívocos legislativos. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-leis-no-12-7352012-e-12-7372012-e-os-crimes-digitais-acertos-e-equivocos-legislativos/>.

D'URSO, Luiz Flávio Filizzola;. Ataque cibernético mundial é a comprovação da insegurança na internet. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/ataque-cibernetico-mundial-comprova-inseguranca-internet>.

FORTES, Vinicius Borges. *Os direitos de privacidade e a Proteção de Dados Pessoais na Internet*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 120.

JESUS, Damásio de Jesus; MILAGRE, José Antônio. *Manual de crimes cibernético*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 81.

MALWARE utilizado em roubos financeiros. Disponível em: <https://www.enigmasoftware.com/pt/gozitrojan-remocao/>.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. atual. [S. l.]: Revistas dos Tribunais, 2017. p. 506.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos Eletrônicos de Consumo*. [S. l.]. Editora Atlas, 2014. p. 119.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental*. [S. l.]: Editora Saraiva, 2014. p. 192.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil: análise contextual detalhada. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/lgpd-analise-detalhada-14072018.

PASSOS, B.R.S. *O direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais na sociedade da informação: uma abordagem acerca de um novo direito fundamental*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 79-97.

REGAN, Joseph. *Programa malicioso ou software malicioso, é um programa de computador destinado a infiltrar-se em um sistema de computador alheio de forma ilícita*. Disponível em: <https://www.avg.com/pt/signal/what-is-malware/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

RODRIGUES, Renato. Brasil é o País com mais usuários atacados por phishing. *Kaspersky Daily*. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/brasil-ataques-phishing/11826/>.

ROHR, Altieres. Brasil é o país com mais usuários atacados por phishing. *GI*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/blog/altieres-rohr/post/2019/05/20/brasil-e-o-pais-com-mais-usuarios-atacados-por-phishing.ghtml>.

RONCOLATO, Murilo. Regulamentação do Marco Civil recebeu 1;2 mil contribuições. *Estadão*. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,regulamentacao-do-marco-civil-recebeu-12-mil-contribuicoes,10000029384>.

TANGERINO, Daiane Fanti. Invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP) e o STJ. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/invasao-de-dispositivo-informatico/>.

TIPO de software nocivo que restringe o acesso ao sistema infectado com uma espécie de bloqueio e cobra um resgate em criptomoedas para que o acesso possa ser restabelecido. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/ransomware/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos: Conforme a Lei nº 12.737/2012*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 120.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA PARA TODOS OS PRESOS? UMA ANÁLISE NA ÓTICA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*Kaique Pereira Azevedo**

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo, a partir das novas discussões doutrinárias em artigos, revistas e legislação, estudar a aplicação da audiência de custódias para além da prisão preventiva, utilizando-se como base o que está previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O art. 7.5 da CADH não impõe nenhuma restrição à realização da audiência de custódia para somente às pessoas que forem presas em flagrante, devendo ser aplicada para todos os tipos de prisões. Grande parte da doutrina nacional estabelece esta restrição, inadmitindo a aplicação deste instituto aos outros tipos de penas, sejam privativas de liberdade, como a prisão temporária ou cumprimento definitivo de pena; e as medidas cautelares restritivas de direitos. Utilizaremos como base a Reclamação Constitucional nº 29.303-RJ ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para que o Supremo Tribunal Federal determine que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro realize audiências de custódia para todas as hipóteses de prisão.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de Custódia. Ausência de restrição. Todos os tipos de prisão. Convenção Americana de Direitos Humanos. Reclamação Constitucional nº 29.303-RJ.

ABSTRACT: The present work aims to, from the new doctrinal discussions in articles, magazines and legislation, study the application of the custody hearing beyond pre-trial detention on the basis of the provisions of the American Convention on Human Rights. The article 7.5 of ACHR it does not impose any restrictions on holding a custody hearing only for persons caught in the act and should apply to all types of arrests. Much of the national doctrine establishes this restriction, making it impossible to apply this institute to other types of penaltie, whether deprived of liberty, such as temporary imprisonment or the final execution of a sentence and restrictive precautionary measures. We will use as a basis Constitutional Complaint No. 29.303-RJ filed by the Public Defender of the State of Rio de Janeiro for the Federal Supreme Court to order the Rio de Janeiro Court of Justice to hold custody hearings for all cases of arrest.

KEYWORDS: Custody Hearing. No restriction. All types of prison. American Convention on Human Rights. Constitutional Complaint nº 29.303-RJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O instituto da audiência de custódia; 3. A audiência de custódia à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos; 4. As questões que estão em jogo na reclamação 29.303-RJ; 5. Conclusões; Referências.

* *Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Estagiário no Ministério Público Federal, Procuradoria da República na Bahia.*

1 INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou a Reclamação constitucional nº 29.303-RJ, com o objetivo de que seja determinada, pelo Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a realização da Audiência de Custódia para todas as hipóteses de prisão. Na forma como consta no artigo 2º da Resolução 29/2015 do Tribunal fluminense, a audiência de custódia apenas é realizada com os presos em flagrante.

Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a MC na ADPF 347¹ e o Conselho Nacional de Justiça previram a realização da audiência de custódia tanto para as pessoas presas em decorrência de prisão em flagrante como nas hipóteses de prisão temporária, prisão preventiva e prisão definitiva.

O julgamento da ação, em que foi encartado parecer desfavorável da Procuradoria-Geral da República, estava pautada para julgamento a ser realizado no dia cinco de dezembro de 2019, mas foi reagendado para o ano de 2020.

Pretende este artigo questionar se a determinação do artigo 7.5 a Convenção Americana de Direitos Humanos restringe a realização da audiência de custódia à prisão em flagrante, não contemplando as prisões cautelares, conforme consta na Resolução nº 29/2015 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para isso, analisaremos o instituto da audiência de custódia, surgimento, formas, legislação nacional e internacional, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como no fato de não existir determinação normativa realizada pelo Congresso Nacional, que detém competência privativa para legislar sobre direito processual penal.

2 O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A doutrina pátria compreende a audiência de custódia - denominada por alguns como audiência de apresentação – sempre na perspectiva de um controle jurisdicional da prisão em flagrante. É encontrada base para tal entendimento na combinação dos arts. 306 e 307 do Código Processual Penal, sendo que é estabelecido para que, dentro de 24 horas, a contar da efetivação da prisão, deve-se dar nota de culpa ao preso e enviar os autos da prisão em flagrante ao juiz competente.

Conforme Ferreira (2017, p. 281) , o procedimento consiste em fase preliminar de investigação criminal visando atender alguns objetivos, quais sejam, a análise do auto da prisão em flagrante, ao qual será homologado ou haverá o relaxamento da prisão; a análise de seus

¹ STF. MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. DJ: 0/09/2015. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<https://guiadamonografia.com.br/como-citar-jurisprudencia-no-tcc/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

requisitos legais, visando conceder liberdade provisória (com ou sem medidas cautelares) ou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; e, por fim, em ouvir à pessoa a respeito das condições de sua prisão, especialmente se houve algum abuso policial, maus-tratos ou algum fato que possa ser investigado como crime de tortura.

Mas como surgiu essa possibilidade? Nucci (2018, p. 789), citando Raphael Melo, afirma que não se trata de algo totalmente novo no ordenamento pátrio, citando a obrigatoriedade do preso ao juiz em prisões realizadas no período eleitoral (art. 236 do Código Eleitoral de 1965) e na hipótese de pedido de prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito policial de indiciado preso, no âmbito da Justiça Federal (art. 66, parágrafo único, da Lei 5.010 de 1966). Prossegue o referido autor “[...] tais dispositivos legais tratam apenas da apresentação do preso ao juiz, não estabelecendo propriamente uma audiência de custódia, com seu procedimento, suas finalidades e com a presença do defensor e do promotor”.

A previsão superior do instituto da audiência de custódia está contida na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, da Costa Rica), de 1969, que, no entanto, foi ratificada pelo Brasil apenas no ano de 1992. É estabelecido que deverá toda pessoa detida ser conduzida à autoridade judiciária, de forma não demorada, tendo o direito de ser julgada em um prazo razoável ou ser posta em liberdade, mesmo que condicionada a garantas para assegurar o seu comparecimento em juízo. Tal regra não é exclusiva do sistema americano, estando prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que dispõe do mesmo conteúdo através do art. 5, 3.

Pacelli (2017, p. 554), citando Mauro Fonseca Andrade, explicita que o Brasil seguia uma linha contrária à evolução histórica do direito penal e dos direitos humanos, colocando as dificuldades fáticas para a implantação do instituto da audiência de custódia como um obstáculo para a aplicação desta garantia, sob o argumento de que a expressão “sem demora” era bastante genérica, bastando apenas o envio dos autos de prisão em flagrante no prazo de 24h à autoridade judicial – fazendo cumprir o disposto no art. 306, §1º do CPP – como forma de substituir a realização da audiência de apresentação. Chegando, inclusive, a interpretar que seria o próprio Delegado de Polícia a autoridade autorizada por lei para exercer funções judiciais.

A situação começa a ser revertida quando o Conselho Nacional de Justiça juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo iniciaram o procedimento de implantação da audiência de custódia de forma gradativa somente no Estado de São Paulo, através da edição do Provimento Conjunto 03/2015. Após este episódio, diversos estados da federação começaram a aderir à medida (Minas Gerais, Espírito Santo, Maranhão, etc.).

O Provimento esclareceu alguns pontos controversos na doutrina nacional, tais quais: estabelecendo que a expressão “sem demora” seria o prazo de até 24h, a obrigatoriedade da participação do defensor do acusado e do Ministério Público no procedimento e a proibição da atuação de Delegado de Polícia como autoridade competente, sendo competência exclusiva de um magistrado. Entidades de classe foram total contrárias à determinação, ingressando com a

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil.

O pedido foi julgado improcedente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a iniciativa do CNJ/TJSP é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, não havendo inovação jurídica, mas apenas explicitação de conteúdo normativo já existente, que, além de tudo, é obrigatório, tendo em vista a natureza supralegal da Convenção Americana.

Acontece que o cabimento da audiência de apresentação é interpretado como cabível tão somente para a prisão em flagrante, uma vez que trata-se da possibilidade de analisar as condições em que a flagrância foi efetuada e se esta deve ser convertida em prisão preventiva. Contudo, observa-se que a CADH, norma internacional adotada pelo Brasil, não restringe a realização do procedimento às prisões realizadas em flagrância.

Távora e Alencar (2017, p. 929), a contrassenso, mencionam que a audiência de custódia deve ser garantida em favor de quem tenha sido preso de forma temporária ou preventiva, uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica não restringe tal direito ao preso em flagrante. Os referidos autores possuem interpretação abrangente, afirmando que “[...] a audiência de custódia pode se apresentar como uma autodefesa do suposto autor do fato, mesmo se tiver sido a ele imposta medida cautelar diversa da prisão no interregno de 24 horas a contar da prisão”.

Dessa forma, haverá maior incidência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana caso a audiência de custódia não se liminar aos casos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Importante observação é constatada por Távora e Alencar (2017, p. 930) no sentido de que a concessão de medida cautelar diversa da prisão antes de decorridas as 24 horas após o flagrante, com a finalidade de evitar a realização da audiência de custódia é uma forma de mitigar, de forma indevida, o alcance da Convenção Americana de Direitos Humanos, apresentando-se ilegalidade frente a norma supra legal.

Por outro lado, verifica-se que o próprio Código de Processo Penal Brasileiro possui uma possibilidade de averiguação da prisão pelo juiz na ação de habeas corpus. O art. 656 do referido diploma processual, que estabelece a possibilidade de o juiz, após receber a petição de habeas corpus, “se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Trata-se de uma forma de apresentação do preso ao juiz par averiguar as condições da prisão, podendo relaxar a prisão caso entenda que seja necessário.

De acordo com Lima (2018, p. 1578), o disposto no art. 656 do CPP “faz-se necessária não apenas para fins de constatar eventual constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, mas também de modo a averiguar possíveis maus tratos cometidos contra o detento”.

Tourinho Filho (2013, p. 972), inclusive, traz à baila que a própria expressão “habeas corpus” significa, textualmente, a apresentação/exibição do corpo, considerando o corpo no sentido de pessoa.

Já para Pacelli e Fischer (2017, p. 1503), o dispositivo do art. 656, que determina a apresentação do paciente ao juiz em ação de habeas corpus, está praticamente em desuso, porque mesmo se tratando de uma faculdade do juiz que, ao receber a petição de habeas corpus, requisitar que o paciente seja a ele apresentado, há muito tempo tem adotado o procedimento existente na ação de mandado de segurança, qual seja, requisitar informações de forma urgente e imediata à autoridade coatora para, em complemento aos elementos trazidos na impetração, analisar se há pertinência ou não nas razões invocadas na ação de habeas corpus.

Opinam Pacelli e Fischer (2017, p. 1503) que “mesmo que não existisse o dispositivo em voga, não haveria óbice algum para, em situações excepcionais e justificadas, o magistrado determinar a presença do preso para apurar diretamente as questões que tenham por relevantes”.

Dessa forma, através da análise do dispositivo supracitado, verifica-se que é uma forma de apresentação do preso à autoridade judicial, semelhante à audiência de custódia, mas que abrange não somente a prisão em flagrante.

Note-se que o parágrafo único do art. 656 do Código de Processo Penal determina que em caso de desobediência ao disposto no caput, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que é a autoridade coatora, e o juiz providenciará para que o paciente seja apresentado em juízo. Ao comentar essa hipótese, Pacelli e Fischer (2017, p. 1503) deixam claro que se trata de uma determinação insubsistente, uma vez que somente se poderá cogitar a prisão por desobediência – afora eventual flagrante – em caso de estarem previstos os requisitos legais do art. 312 do CPP. Dessa forma, a desobediência, pura e simplesmente, não gera quaisquer outros efeitos automáticos, como parece o dispositivo impor. Evidente que deve haver apuração também na seara administrativa.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como dito alhures, a audiência de custódia é prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, também tendo previsão no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Tais normas possuem status de suprallegalidade no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, estão acima da lei, porém abaixo da Constituição.

Cordeiro e Coutinho (2018, p. 78) argumentam que “Talvez pela demora na construção da posição hierárquica dos tratados internacionais, através da Suprema Corte, o que somente se deu no ano de 2008, se possa compreender, em termos históricos, a dificuldade e a lentidão na implantação, pelo Judiciário brasileiro, dos dispositivos constantes dos referidos pactos, dentre os quais os que abordam o controle judicial imediato, traduzido pela audiência de custódia”.

Diante disso, é dever do juiz realizar o controle de convencionalidade. Nesse sentido, observa-se o caso *Almonacid Arellano* iniciou a discussão relativa ao controle de convencionalidade, definindo suas regras gerais e como juízes e tribunais internos poderiam examinar a compatibilidade das leis à Convenção Americana e à interpretação que é dada pela própria Corte, sendo, nesse caso, conforme preleciona Campos (2013, p. 8), “um controle exercido diretamente pelo órgão de supervisão, interpretação e aplicação da Convenção Americana, qual seja, a própria Corte Interamericana”.

Ainda de acordo com a autora acima supracitada, não seria uma forma de modificar o direito interno, mas de realizar o controle das normas internas, se essas estão ou não em conformidade com a Convenção, realizando, essencialmente, um controle concentrado.

Ademais, não se trata de caso de colisão das normas internacionais com as regras locais, mas de mera complementação – direito adicional criado. É de se esclarecer, de todo modo, que se houvesse conflito entre normas de direito interno infraconstitucionais e previsões da Convenção Americana, a solução seria pela prevalência da norma internacional, como estabelece a regra incorporada pelo Brasil e como já decidiu nossa Suprema Corte quando excluiu a validade da prisão do depositário infiel em respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em se tratando de audiência de custódia, o artigo 7.5 da CADH prevê que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. A finalidade maior deste trabalho é indagar se a Convenção se refere apenas às prisões em flagrante ou a todos os tipos de prisões, diga-se às prisões cautelares, como também ao cumprimento definitivo de pena (execução da pena), tendo em vista as situações degradantes, de superpopulação e de ausência de infraestrutura que são características das penitenciárias brasileiras.

Em vistas de direito interno, o art. 8º da Resolução CNJ nº 213/2015, a audiência de custódia é o momento adequado para que a pessoa presa se apresente a uma autoridade judicial. O dispositivo destaca especialmente que a autoridade judiciária deve indagar ao custodiado sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão e perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis.

Caso a pessoa presa em flagrante informe à autoridade judicial que foi vítima de tortura ou de maus tratos, ou que a própria autoridade judicial entenda estarem presentes indícios de autoria e de materialidade de um desses crimes, esta determinará, também de acordo com a Resolução CNJ nº 213/2015, as medidas cabíveis para a investigação das condutas, além de qualquer outra medida necessária para preservar a segurança física e psicológica da pessoa presa.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 7.5, determina que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Analisando a determinação acima, é possível extrair-se alguns elementos essenciais para a efetiva concretização das garantias que se almeja com a realização da audiência de custódia: a) apresentação pessoal; b) sem demora e c) juiz ou outra autoridade habilitada a exercer funções judiciais.

Conforme referência de Cruz (2018, p. 109), "tais elementos consistem em expressões abertas, que demandam algum grau de interpretação pelo aplicador, ou seja, exigem uma atividade hermenêutica para preenchimento de seu significado". Dessa forma, é imprescindível que o Congresso Nacional regulamente o instituto da audiência de custódia.

A audiência de custódia é uma garantia de ampla defesa do acusado, garantindo que este tenha o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal. A jurisprudência da CADH tem se manifestado no sentido de é necessário o controle judicial para evitar prisões ilegais e arbitrárias, cabendo ao juiz togado garantir os direitos do cidadão detido, impondo-lhes, se necessário, medidas cautelares, buscando sempre assegurar o tratamento conferido pela presunção de inocência.

Nesses termos, manifestando-se a respeito das finalidades da audiência de custódia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, no sentido de que o direito insculpido no artigo 7.5 da CADH é essencial para garantir o direito à liberdade, bem como o direito à vida e integridade pessoal. No mesmo sentido, no caso *Niños de la Calle vs Guatemala*, a Corte IDH enfatizou que a pronta intervenção judicial permite detectar e prevenir maus tratos e violações ao direito à vida.²

No que diz respeito à apresentação pessoal do preso à presença de um juiz, não há nenhuma limitação de direito fundamental no art. 7.5 da CADH. Assim, não há qualquer restrição ou distinção entre as diversas hipóteses de restrição da liberdade compreendida na expressão, tampouco limita à garantia à prisão em flagrante.

Sobre esse aspecto Cruz (2018, p. 114) citando Caio Paiva, relaciona e justifica, com propriedade, as situações jurídicas nas quais a audiência de custódia deve ser assegurada, como: na prisão em flagrante; nas prisões temporárias e preventivas; na prisão no âmbito da execução penal; na apreensão de menores suspeitos da prática de ato infracional; nas prisões do âmbito da justiça militar, das situações migratórias e para extradição; nas prisões de pessoas com foro por prerrogativa de função; e no caso de prisão civil do devedor de alimentos.

4 AS QUESTÕES QUE ESTÃO EM JOGO NA RECLAMAÇÃO 29.303-RJ

A Reclamação 29.303 do Rio de Janeiro confronta Resolução 29/2015 do Tribunal de Justiça do estado fluminense, ao qual o seu art. 1º restringe as hipóteses de audiência de custódia

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). San José: Corte IDH, 2010.

aos casos de prisão em flagrante delito, estabelecendo que toda pessoa presa em flagrante delito, e não toda pessoa presa (abrangendo todos os tipos de prisão), será apresentada, sem demora, ao juiz, a fim de permitir a realização de audiência de custódia.

Em 9 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na ADPF nº 347³, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e ficou decidido que os juízes e tribunais deverão observar os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para realizarem audiências de custódia, em noventa dias, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

A Suprema Corte brasileira seguiu a linha da imprescindibilidade da implementação da audiência de custódia como mecanismo de resposta ao caos instalado no sistema prisional brasileiro. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), autor da ação, fez referência ao uso abusivo das prisões provisórias como uma das causas que contribui para a superlotação do sistema prisional.

Note-se que a referida ADPF foi a fonte pela qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Resolução nº 29/2015, contudo pode-se notar a existência de uma restrição que não está enunciada pelo acórdão da ação, nem pela interpretação que se faz do dispositivo da CADH.

Em contrapartida ao Tribunal Fluminense, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁴, o Tribunal Federal da 1ª Região⁵ e o Tribunal de Justiça da Bahia⁶ também garantiram o direito do preso tanto em flagrante como nas demais hipóteses de prisão para que haja a realização da audiência de custódia, o que demonstra que a hipótese defendida pela Defensoria Pública fluminense não começou do zero.

Enquanto não há lei ordinária regulamentando as audiências de custódia, os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais têm utilizado as resoluções como orientação para os protocolos das audiências.

Desse modo, o artigo 7.5 da CADH é uma norma de eficácia contida, sendo imprescindível a edição de uma lei pelo Congresso Nacional para regulamentar a realização da audiência de custódia de forma a interpretar de forma mais abrangente possível a determinação da Convenção Americana, uma vez que versa sobre direitos humanos.

³ STF. MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. DJ: 0/09/2015. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<https://guiadamonografia.com.br/como-citar-jurisprudencia-no-tcc/>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

⁴ Resolução Conjunta PRES/CORE 02 de 1º de março de 2016

⁵ Resolução PRESI 8 de 03 de maio de 2016.

⁶ Provimento Conjunto 01/16 de 31 de março de 2016.

Deve-se ter em conta a situação atual dos presídios no Brasil, a maioria estão superlotados. Conforme dados atualizados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) há, no Brasil, uma população de mais 800 mil presos, sendo a terceira maior população carcerária do mundo. Além do mais, os direitos dos presos são violados diariamente, através de ilegalidades e ausência prestacional do Estado. Alega o referido autor que grande parte dos presídios estão em situações inabitáveis para qualquer ser humano, falta de atendimento médico, odontológico e psicológico, aumentando assim o risco de proliferação de doenças. Dessa forma, é necessário que haja um mecanismo de auferir as condições da prisão e a situação do preso, independente do título prisional, inclusive na execução da pena.

Em contraposição a isso, é colocado em debate a questão do orçamentária, argumentando-se a forçosa preocupação com a saúde financeira estatal, ou seja, que gastos desnecessários não sejam realizados e devem a todo custo ser evitados, se faz presente com a realização da audiência de custódia/apresentação em todos os casos de prisão.

Relata Streck (2019, p. 1) que “pelo princípio da consideração igualitária, a comunidade política deve considerar de maneira equivalente a vida e os direitos de todos que estão sob a sua esfera de ação”. Ou seja, se a legislação superior não emitiu distinção entre as prisões, não pode lei inferior - nem Resolução - fazer o mesmo.

Pondera o autor gaúcho “garante-se direito, entendido como essencial e universal, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos para uns e não para outros”. Prossegue Streck “o princípio da igualdade, consistente em tratar os iguais de maneira igual na medida de sua igualdade e os desiguais de maneira desigual na medida de sua desigualdade, cai por terra, se a Reclamação for julgada improcedente”.

5 CONCLUSÃO

A incorporação da CADH e do PIDCP, por força dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, por si só, já confere aplicabilidade imediata à audiência de custódia. Entretanto, como lembra Caio Paiva, é extremamente necessária a regulamentação do instituto por dois motivos i) conferir definição objetiva às expressões abertas do art. 7.5 (observada a jurisprudência da Corte IDHH) e ii) responder a (anti) cultura, social e jurídica que vige no Brasil em não dar cumprimento aos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesses termos, é imprescindível que haja a regulamentação pelo Congresso Nacional do instituto da audiência de custódia no âmbito brasileiro, essencialmente, como abordado nesse trabalho, para rechaçar a restrição que é colocada no instituto para apenas às prisões em flagrante, abrangendo-a para todos os tipos de prisões.

Nesse sentido, o percurso a ser trilhado nesse debate político acerca da regulamentação da audiência de custódia inspira atenção, haja vista a necessidade de intervenção de setores da sociedade civil, da academia e dos atores da justiça criminal, direcionada à correção de rumos

para os quais algumas propostas de regulamentação sinalizam, afim de assegurar a efetivação das finalidades da audiência de custódia em termos de racionalização do uso das prisões provisórias e do potencial humanizador do ato processual.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 29.303-RJ analisar, por ora, a constitucionalidade da limitação reconhecida pelo instrumento normativo de realização de audiências de custódia às prisões em flagrante. Será realizado um controle de convencionalidade nos termos do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É de se lembrar que a literalidade do dispositivo da CADH não confere restrição alguma à realização do instituto, pertencendo ao STF a palavra final da conformidade da Resolução 29/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com a normatização internacional.

REFERÊNCIAS

BEDÊ, Rodrigo. **Uma breve análise sobre a situação dos presídios brasileiros**. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/444136748/uma-breve-analise-sobre-a-situacao-dos-presidios-brasileiros> Acesso em: 26 de setembro de 2019.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. **Controle de Convencionalidade: aproximação entre direito internacional e constitucionalismo**. Centro de Direito Internacional – CEDIN. Revista Eletrônica. Volume 12. 2013. Disponível em: http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12/arquivos_pdf/sumario/Artigo_Barbara_Campos.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2019.

CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 10(1):76-88, janeiro-abril 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad: (Artículos 7 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. San José: Corte IDH, 2010.

CRUZ, José Henrique Tatim da. **Prisões Cautelares e Audiência de Custódia: uma análise do impacto no encarceramento provisório**. Dissertação. PUC-RS. Porto Alegre, 2018. P. 109.

FERREIRA, Carolina Costa. **Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?** Justiça do Direito. v. 31, n.2, p. 279-303, maio/ago. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 3ª edição. Salvador. Juspodivm, 2018. P. 1578.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Direito Processual Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas. 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência**. 9ª edição. São Paulo: Atlas. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. Ed. Florianópolis. Empório do Direito, 2017.

STF. MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 347. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. DJ: 0/09/2015. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Audiência de custódia para todos os presos é direito constitucional**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/streck-audiencia-custodia-todos-presos-direito-constitucional> Acesso em 26 de setembro de 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

A VIABILIDADE DO PETICIONAMENTO INDIVIDUAL NA ONU COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Mariana Soares Santos*

RESUMO: O presente artigo pretende identificar os mecanismos onusianos disponíveis a indivíduos americanos e a sua viabilidade. O objetivo é verificar se, em relação ao Sistema Interamericano, o Sistema Universal constitui alternativa efetiva para proteção dos Direitos Humanos na região. Para tanto, foram utilizados documentos oficiais da ONU, bem como análise da adesão destes pelos países do continente americano.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Internacional; Direitos Humanos e Fundamentais; Sistema Universal; Sistema Interamericano.

ABSTRACT: The present article aims to identify UN mechanisms available for American individuals and its viability. The goal is to verify whether, in comparison to the Interamerican System, the Universal System is an effective alternative for Human Rights protection in the region. In order to do so, official UN documents were observed, as well as an accession analysis by American States.

KEYWORDS: International Jurisdiction; Human and Fundamental Rights; Universal System; Interamerican System.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Mecanismos convencionais quase contenciosos: órgãos de tratado; 3. Mecanismos extraconvencionais onusianos; 3.1. Conselho de Direitos Humanos; 3.1.1. Procedimentos Especiais Públicos; 3.1.2. Procedimentos de queixas; 4. Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Constitui previsão da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 78, bem como da Carta da Organização dos Estados Americanos, no artigo 143, a possibilidade de Estados-parte oferecerem denúncia aos instrumentos em questão. Ambos os tratados estipulam que, a partir do prazo de entrega da denúncia a Secretaria-Geral da OEA, se iniciará um prazo de vacância, findo o qual o Estado em questão deixará de ser vinculado às obrigações antes assumidas.

Em hipótese de denúncia à Convenção Americana de Direitos Humanos, ainda segundo o artigo 78 do referido tratado, o prazo de vacância é de um ano a partir do aviso prévio, no qual se notifica o Secretário-Geral da Organização, que deverá informar aos outros Estados-partes acerca da denúncia. A partir da leitura do artigo 78.2, se constata uma prorrogação de

* Bacharel em Humanidades pela Instituto de Humanidades, Artes e Ciências da Universidade Federal da Bahia e graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: soaresmarianasts@gmail.com.

competência quanto aos atos cometidos antes da produção de efeitos da denúncia – hipótese na qual ainda se verificaria possibilidade de atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No caso de denúncia à Carta da Organização dos Estados Americanos, conforme preconiza o artigo 143 do documento em questão, o prazo de vacância é de dois anos a partir da data em que a Secretaria-Geral receber a denúncia, cabendo à Secretaria comunicar aos Estados-membros da OEA acerca desta. Constatando-se esse período, a Carta não terá mais efeitos em relação ao Estado denunciante.

A possibilidade de denúncias aos instrumentos de proteção de Direitos Humanos mencionados traz consigo um cenário onde, após os períodos de vacância, os jurisdicionados de um país denunciante se encontrariam sem acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em caso de violações de Direitos Humanos. Assim, mostra-se imperioso identificar alternativas de proteção internacional em caso de violação aos Direitos Humanos dos sujeitos em questão – chegando-se ao Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos e as suas possibilidades de peticionamento individual.

Destarte, aos fins relevantes para o presente artigo, entende-se que violações aos Direitos Humanos podem ser analisadas no sistema onusiano a partir de mecanismos convencionais, pautados em acordos internacionais elaborados nesse sistema, ou a partir de mecanismos extraconvencionais, que se fundam em dispositivos da Carta da Organização das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesse sentido, no âmbito de mecanismos convencionais do Sistema Universal em termos de proteção aos Direitos Humanos, existem aqueles denominados não contenciosos (o sistema de relatórios e o procedimento de inquérito), os quase contenciosos (a partir dos comitês convencionais e do Comitê de Direitos Humanos) e os contenciosos (envolvendo a Corte Internacional de Justiça, CIJ) (RAMOS, 2019, p. 79).

Tendo em vista que há previsão expressa no Estatuto da CIJ, no artigo 34.1, no sentido de que apenas Estados podem se submeter a sua jurisdição contenciosa, os últimos mecanismos não se mostram acessíveis a indivíduos, de modo que não serão analisados para os efeitos deste artigo. Os mecanismos convencionais não contenciosos, por sua vez, tampouco constituem acesso aos indivíduos, operando numa esfera de controle interestatal que também não constitui objeto do presente estudo.

Assim, o presente artigo se pauta na análise da situação dos países membros da OEA perante os nove grandes tratados sobre Direitos Humanos das Nações Unidas. A pesquisa intenta verificar quais os Estados que não são signatários, os que são apenas signatários, quais ratificaram os documentos e, por fim, quais admitem peticionamento individual perante os órgãos de controle dos tratados em questão, a fim de analisar a viabilidade dos mecanismos convencionais quase contenciosos e dos mecanismos extraconvencionais que admitem o peticionamento individual.

2 MECANISMOS CONVENCIONAIS QUASE CONTENCIOSOS: ÓRGÃOS DE TRATADO

Desde o começo dos anos 1970, se verifica um desenvolvimento de mecanismos de reclamação internacional, sobretudo no que tange aos Comitês respectivos dos nove principais tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas, quais sejam:

- I Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965);
- II Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966);
- III Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais Políticos (1966);
- IV Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979);
- V Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984);
- VI Convenção de Direitos da Criança (1989);
- VII Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias (1990);
- VIII Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006);
- IX Convenção para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados (2006).

A priori, a utilização dos supracitados Comitês por indivíduos que alegam violações aos seus direitos, desde que protegidos pelos Tratados acima listados, se mostra enquanto opção viável para fins de proteção dos Direitos Humanos de indivíduos sob jurisdição de um Estado denunciante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Carta da Organização dos Estados Americanos. Contudo, é crucial analisar a viabilidade desse mecanismo no cenário interamericano.

Nesse sentido, cabe analisar como se dá a competência dos Órgãos de Tratados para lidar com possíveis peticionamentos diretos. As reclamações às Comissões podem ser feitas com dois requisitos cumulativos. Primeiro, o Estado deve ser parte (por adesão ou ratificação) do Tratado que prevê os direitos que o indivíduo alega terem sido violados. Soma-se a este requisito a imprescindibilidade da anuência, pelo Estado-parte, da competência do Comitê em questão para receber e considerar a reclamação de indivíduos. O reconhecimento de competência do Comitê se dá, dentre os Nove Tratados, por meio de declaração ou por ratificação de Protocolo Facultativo específico.

O sistema dos Órgãos de Tratados funciona com base em dois equilíbrios cruciais. Primeiro, é essencial contrabalançar os interesses dos Estados, tendo em vista que estes

constituem os obrigados principais pelas previsões convencionais, com os Comitês enquanto mecanismos de monitoramento. Segundo, há necessidade de harmonizar a independência e as especificidades de cada Órgão de Tratado com uma coordenação geral dos Comitês a fim de unificar os procedimentos e as interpretações dos Direitos Humanos protegidos (ABASHIDZE; KOVENA, 2019).

Dentre os trinta e quatro Estados Membros da OEA, embora se constate uma adesão expressiva aos Nove Tratados, há preocupante variação no que tange ao reconhecimento da competência dos Comitês. Enquanto alguns Comitês possuem a sua competência consentida por vinte e cinco dos trinta e quatro Estados Membros (como o Comitê de Direitos Humanos, que monitora o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos), outros possuem reconhecimento quase irrisório na região (a exemplo do Comitê de Desaparecimentos Forçados, com apenas cinco Estados)¹.

É possível verificar a existência de Estados Membros que não reconhecem a competência ora discutida para nenhum dos nove Comitês, ao exemplo de Antígua e Barbuda, Bahamas, Cuba, Grenada e Estados Unidos da América², resultando em jurisdicionados sem qualquer acesso ao peticionamento individual aos Órgãos de Tratados e mitigando a eficácia direta deste instrumento na região.

Destarte, para os indivíduos com acesso ao mecanismo em questão, o procedimento geral envolve, em apertada síntese, a apresentação de comunicações ou petições junto ao Comitê do Tratado que se alega ter sido violado pelo Estado, com conseqüente notificação para resposta do Estado Parte, havendo previsão de réplica do reclamante. Recebidos os comentários, o caso está pronto para apreciação do Comitê (UN, 2013).

É relevante ressaltar que um Comitê pode, em qualquer estágio do procedimento, requerer que o Estado-parte tome medidas para prevenir danos irreparáveis ao reclamante – as chamadas medidas provisórias (*interim measures*). O Comentário Geral n. 33 de 2009, do Comitê de Direitos Humanos, responsável pelas petições individuais relativas ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, trata do assunto quanto aos Estados que ratificaram o Protocolo Opcional. O Comentário em questão deixa claro que a não implementação de medidas provisórias é incompatível com a obrigação de boa-fé em relação ao procedimento de comunicação individual estabelecido pelo Protocolo (UN, 2009).

Durante o exame de um peticionamento, os Comitês realizam análises de admissibilidade e mérito, considerando os casos em sessões fechadas que podem ou não admitir procedimentos orais, a depender das previsões do Tratado em questão. A decisão dos Órgãos, que conterà recomendações ao Estado Parte, é final e não prevê recurso de Apelação, sendo posteriormente monitoradas a partir de procedimentos de acompanhamento. Alguns comitês, como é o caso do Comitê de Direitos Humanos, reconhecem os benefícios, em termos de

¹ Dados coletados pela autora a partir de compilação das informações disponibilizadas pela ONU no sítio Treaty Section: Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General. Documento completo disponível em: < <http://bit.ly/2w7OvR7>>. A planilha não está anexada na íntegra devido ao tamanho.

² Documento completo disponível em: < <http://bit.ly/2w7OvR7>>.

ressaltar a autoridade das recomendações do Comitê, da publicização dos procedimentos de acompanhamento (UN, 1995, p. 99).

A deliberação dos Comitês é considerada uma *authorative interpretation* do tratado em questão, que embora não vincule os Estados-partes, tem como pressuposto que, uma vez que os Estados tenham aceito os procedimentos de reclamação, se comprometeram também em respeitar as resoluções dos Comitês. Esse entendimento está em consonância com princípio amplamente utilizado no Direito Internacional, e sobretudo no Direito Internacional dos Direitos Humanos: o princípio da boa-fé ou *pacta sunt servanda*, consagrado pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e que preconiza que todo tratado em vigor obriga as partes e por elas deve ser cumprido de boa-fé.

Em que pese a Resolução 68/268 da Assembleia Geral da ONU preveja algumas alterações no mecanismo, bem como uma revisão em 2020, o segundo relatório bienal apresentado em 2018 pelo Secretário Geral acerca do status do sistema de Órgãos de Tratados conclui que a implementação da resolução têm sido um misto de progresso com desafios persistentes. Ressalta, ainda, que a manutenção da observância de cumprimento das obrigações e demais requisitos que surgem dos Comitês é fundamental a fim da promoção dos Direitos Humanos (UN, 2018).

Ademais, o sistema apresenta atualmente uma série de fragilidades fundamentais, sobretudo quando se trata das vítimas. É notável, por exemplo, que desde que o primeiro procedimento de comunicações por Órgão de Tratado foi criado, em 1976, até 2017, uma quantidade inferior a 4.000 petições foi registrada no sistema inteiro. Até então, apenas dois dos Órgãos de Tratados, o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra a Tortura eram responsáveis por quase 95% de todas as petições registradas, com 74% e 20%, respectivamente (LIMON, 2018, p. 42).

Nessa esteira, outro ponto débil dos Comitês é a sua invisibilidade e/ou inacessibilidade para vítimas oriundas de determinadas regiões, ponto que se percebe diante da análise das petições recebidas pelo Comitê de Direitos Humanos, das quais apenas 6% advinham do continente Africano. O cenário é ainda mais preocupante quando se trata do Comitê Contra a Tortura - neste, apenas 2% das petições individuais vieram de pessoas residentes na região Ásia-Pacífico, enquanto 88% vieram da Europa (LIMON, 2018, p. 23).

A partir de uma perspectiva geral, os principais desafios do sistema de Órgãos de Tratado podem ser substanciados em uma sobrecarga pelo seu crescimento, o não cumprimento dos Estados com a obrigação de responder, recursos inadequados com o tamanho atual do sistema, coerência em termos de transparência, membros que trabalham meio período *pro bono*, falta de harmonia entre os presidentes e os membros dos Comitês e, por fim, a implementação das recomendações e decisões (GENEVA ACADEMY, 2018).

Deste modo, diante da análise realizada, constata-se o mecanismo em questão se mostra como uma possível alternativa aos jurisdicionados de um Estado denunciante da CADH e da Carta. Contudo, se verifica uma baixa adesão dos Estados americanos aos Protocolos Facultativos e às declarações de competência dos Órgãos de Tratados para a apreciação de

peticionamento individual, que obstam sobremaneira o acesso individual dos jurisdicionados aos Comitês. Portanto, em que pese a existência do mecanismo, sua acessibilidade é limitada e, mesmo diante dos países que aderiram e reconheceram competência dos Órgãos, sua efetividade se torna questionável ao analisar os dados de recebimento de petições individuais.

3 MECANISMOS EXTRACONVENCIONAIS ONUSIANOS

A Carta da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 55, alínea c, localizado no capítulo IX, relativo à cooperação internacional e econômica, estabelece como um dos objetivos da ONU o “respeito universal e observância aos Direitos Humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, linguagem ou religião”.

O mesmo documento estabelece, ainda, a obrigação dos Estados-membros de cooperar com a Organização a fim de alcançar os propósitos previstos no artigo 55, bem como institui enquanto obrigação da Assembleia Geral, por meio do Conselho Econômico e Social, a feitura de recomendações a fim de promover o respeito e observância dos Direitos Humanos. É, ainda, responsabilidade do Conselho Econômico e Social, a implementação de Comissões a fim da promoção e proteção dos Direitos Humanos (UN, 1945).

Nesse sentido, foi criada a Comissão de Direitos Humanos, que realizou o seu primeiro encontro em 1947 e foi extinta em 2006, a fim de ser substituída pelo Conselho de Direitos Humanos. A Comissão em questão, enquanto órgão do Conselho Econômico e Social, começou, em 1967, a receber petições individuais de violações aos Direitos Humanos, possuindo como requisito para o reconhecimento de sua competência a simples participação de um Estado na ONU (RAMOS, 2019, p. 114-116).

3.1 Conselho de direitos humanos

Em 3 abril de 2006, a Assembleia Geral da ONU, em sua 60ª Sessão, por meio da Resolução n. 60/251, instituiu o Conselho de Direitos Humanos – apenas uma semana depois da extinção da Comissão, que foi extinta meio a críticas quanto a sua politização, seletividade e inadequação na eleição dos membros (RAMOS, 2019, p. 118). Em particular, Estados do hemisfério sul questionavam a falta de adoção de resoluções condenando abusos grosseiros e conhecidos, como, por exemplo, os cometidos na Baía de Guantánamo (TERLINGEN, 2007).

Tendo o contexto em questão em vista, o Conselho nasce enquanto órgão vinculado à Assembleia Geral da ONU, e não mais ao Conselho Econômico e Social, como era o caso da Comissão, sendo guiado pelos princípios de universalidade, imparcialidade, objetividade e não seletividade, diálogo internacional construtivo e cooperação (UN, 2006, p. 2). Nesse sentido, é competência do Conselho dois mecanismos que oferecem a oportunidade de peticionamento individual a fim de denúncia de violações aos Direitos Humanos: os procedimentos especiais públicos e os procedimentos de queixas.

3.1.1 Procedimentos especiais públicos

A Resolução n. 1235, de agosto 1967, emitida pelo Conselho Econômico e Social, no contexto de discriminação racial, segregação e apartheid sul africano, prevê que a extinta Comissão de Direitos Humanos poderia, nos casos apropriados, realizar estudos de situações de violações sistemáticas dos Direitos Humanos. Apesar do foco inicial nas violações raciais, o parágrafo primeiro da Resolução diz fala sobre a consideração da questão de violação dos Direitos Humanos em todos os países (UN, 1967) - abrindo a oportunidade de exame de violações aos Direitos Humanos em todos os países do mundo.

Assim, os procedimentos especiais públicos passaram a se aplicar a temas específicos ou a países específicos, incluindo relatores especiais (ou experts independentes) e grupos de trabalho, que poderão atuar a partir de comunicações relativas a casos individuais, de grupos ou comunidades (UN, 2008, p. 5-12). Os mandatários poderão realizar visitas *in loco*, desde que com anuência do Estado investigado, e elaborar de relatórios com recomendações (RAMOS, 2019, p. 122-123).

Em 2011, na 16ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos, a Resolução n. 16/21 trouxe uma revisão do sistema de procedimentos especiais públicos, estabelecendo a continuidade do diálogo construtivo dos procedimentos junto aos Estados, bem como requerendo a cooperação dos Estados a fim de auxiliar e serem responsivos aos questionamentos e visitas dos procedimentos.

Ainda que a proposta dos Procedimentos Especiais Públicos se mostre como interessante alternativa de peticionamento individual, até 2012 apenas 528 comunicações haviam sido enviadas, alcançando 1.520 pessoas, e até dezembro de 2013 menos de metade dos países que receberam comunicações as responderam (UN, 2013, p. 10). Em 2014 houve um salto nas comunicações enviadas, que praticamente dobraram em número, passando para 1.020 – mas, mais uma vez, apenas metade dos Estados responderam, com apenas 8% tomando ações a fim de endereçar as violações alegadas (LIMON, 2014, p. 29).

Nesse sentido, a partir de uma ótica latino-americana, entre 2015 e 2016 apenas 17% das comunicações enviadas pelos procedimentos especiais partiram de nacionais da região em questão, embora quase 72% de todos os Estados-membros da ONU tenham sido sujeitos de pelo menos uma comunicação no mesmo período (LIMON, 2018, p. 33). Dessa forma, é possível constatar que os Procedimentos Especiais Públicos, levando em consideração o contexto da ONU, possui baixa adesão pelos cidadãos latino-americanos.

Destarte, é notável que a aplicabilidade dos procedimentos especiais públicos possui como obstáculo a sua viabilidade e alcance, conforme uma análise dos dados de peticionamento individual em anos recentes, sobretudo na região da América Latina. Ao observar os dados, não se verifica uma presença considerável do procedimento no Continente Americano, e mesmo de modo geral, há pouco engajamento dos Estados a fim de responder as comunicações, indicativo

de pouca efetividade. Nesta senda, a efetividade do procedimento em um cenário de denúncias a partir dos dados mais recentes resta incerta.

3.1.2 Procedimentos de queixas

A Resolução n. 1503 de maio de 1970, do Conselho Econômico e Social, instituiu que a Subcomissão de Prevenção a Discriminação e Proteção das Minorias deveria definir um Grupo de Trabalho a fim de analisar petições individuais contra Estados por violações de Direitos Humanos, levando ao conhecimento da Subcomissão as comunicações junto com as respostas dos Estados caso se descubra um padrão consistente de violações sistemáticas aos Direitos Humanos, consistindo em um procedimento de natureza confidencial.

Nessa esteira, esse início dos procedimentos de queixas, a partir do chamado “procedimento 1503”, não trazia foco às situações individuais, a fim de aferir os quadros de vítimas específicas e satisfazer as suas demandas – em verdade, as petições individuais consistiam em meios para caracterizar situações de violações manifestas de Direitos Humanos em um país (RAMOS, 2019, p. 126).

Em 2007, por meio da Resolução n. 5/1, o Conselho de Direitos Humanos trata dos procedimentos de queixas diretamente, atualizando-os. Em que pese a natureza confidencial tenha sido mantida, a sistemática passou a incluir dois grupos de trabalho, a fim de examinar as comunicações e trazer ao Conselho padrões consistentes de violações massivas aos Direitos Humanos – o Grupo de Trabalho sobre Comunicações e o Grupo de Trabalho sobre Situações.

O Grupo de Trabalho sobre Comunicações realiza uma triagem das queixas, descartando comunicações anônimas ou manifestamente ilegítimas e analisando a admissibilidade, para então transmitir a questão ao Estado em questão. O Grupo de Trabalho sobre Comunicações irá fornecer ao Grupo de Trabalho sobre Situações um arquivo com as comunicações admissíveis e as suas recomendações.

Por sua vez, o Grupo de Trabalho sobre Situações apresentará ao Conselho um relatório das violações massivas juntamente com as suas recomendações sobre as ações a serem tomadas pelo Conselho. Segundo a Resolução, pode-se requerer desde a descontinuação da consideração da situação até a retirada da confidencialidade do procedimento, a fim de levá-lo a consideração pública (UN, 2007).

Desde a instituição do Conselho de Direitos Humanos, o procedimento de queixas considerou apenas onze situações que demonstrariam um padrão de violações massivas aos Direitos Humanos, dentre as quais sete restaram descontinuadas – e nenhuma era relativa a países americanos (UN, 2014). As críticas ao procedimento de queixas são notáveis, e versam principalmente acerca da falta de transparência deste, que resultaria em acordos políticos por conta da confidencialidade, com uma troca de favores entre Estados a fim de finalizar casos, pouco levando em consideração as violações ocorridas (LIMON, 2018, p. 41).

É crucial compreender, ainda, que os procedimentos ora discutidos são motivados a partir de violações massivas, como supra explanado. Nesse sentido, cabe a análise realizada por Israel de Jesús Butler acerca dos procedimentos de queixas:

(...) uma vez que um especialista ou grupo de trabalho esteja estabelecido, eles podem agir em casos individuais, mas a maioria destes exerce uma função ‘diplomática’ ao invés de quase-judicial em relação às comunicações. Eles passam as comunicações aos governos em questão e solicitam uma resposta. Eles não exercem uma função adjudicatória formulando seus achados ou recomendações a serem seguidas pelos Estados. Obviamente, uma solicitação de resposta não pode ser comparada com um pedido para cumprir padrões ou fornecer um remédio (BUTLER, 2004, p. 37-38, tradução nossa).

Nesse sentido, o procedimento de queixas se apresenta, em termos numéricos e a partir de uma análise lógica do seu procedimento, como o menos efetivo dos mecanismos convencionais e extraconvencionais analisados até então. A sua atuação desde a instituição do Conselho de Direitos Humanos, em 2006, ignora o Continente Americano, se tornando a opção menos viável a um indivíduo submetido a violações e sem acesso ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

4 CONCLUSÕES

Resta evidente que a parcela do Sistema Universal que recebe peticionamento individual sofre de fraquezas relevantes, sobretudo em relação ao continente americano. O procedimento convencional, em que pese possua um sistema de comunicação legalmente forte, sofre com um número baixo de comunicações, bem como um desequilíbrio em relação aos Órgãos de Tratado que as recebem.

É notável ainda que no caso de alguns dos Órgãos, como o Comitê sobre Trabalhadores Migrantes e o Comitê de Desaparecimentos Forçados, apenas 14% dos Estados-membros da OEA aceitam a possibilidade de peticionamento individual³ – havendo “furos” cruciais na proteção que oferecem.

No âmbito extraconvencional, é notável que o Conselho de Direitos Humanos sofre críticas desde a sua instituição, tendo em vista a existência de membros com inclinações políticas e tendências a colocar políticas regionais acima dos Direitos Humanos (TERLINGEN, p. 177). Conforme se verificou a partir dos dados supra apresentados, o sistema de procedimentos especiais públicos possui baixa visibilidade entre as vítimas americanas, com pouco engajamento dos Estados a fim de responder as comunicações, e menor ainda tomando medidas efetivas em relação as alegações de violações aos Direitos Humanos. Ressalta-se que acerca do procedimento de queixas, se constata um problema fundamental no conceito do mecanismo ao não endereçar diretamente casos individuais, mas sim questões mais amplas.

³ Documento completo disponível em: < <http://bit.ly/2w7OvR7>>.

Tendo em vista os problemas estruturais e de aplicação notados no peticionamento individual do Sistema Universal, é possível notar uma questão de jurisdição internacional que envolve a resistência dos Estados em admitir e proporcionar aos seus jurisdicionados acesso direto a mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Nas poucas situações nas quais esse acesso é oportunizado, verifica-se um esvaziamento dos procedimentos, com entraves diversos que dificultam o acesso e/ou processamento das denúncias realizadas pelos indivíduos peticionantes.

Destarte, embora o Sistema Universal tenha o potencial para se apresentar como uma saída para peticionamentos individuais de sujeitos fora da jurisdição de um sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, uma potencial vítima pode encontrar obstáculos consideráveis. Os problemas com os quais um possível peticionante pode se deparar vão desde a não ratificação do seu Estado de acesso a um Órgão de Tratado correspondente à violação até a possibilidade de “desaparecimento” de sua comunicação face a troca de favores políticos escondidos por trás da confidencialidade procedimental, fazendo pairar dúvidas sobre a real viabilidade do Sistema Universal de proteção aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ABASHIDZE, Aslan; KONEVA, Aleksandra. The Process of Strengthening the Human Rights Treaty Body System: The Road towards Effectiveness or Inefficiency? **Netherlands International Law Review**, 66, 357-389, 2019.

BUTLER, Israel de Jesús. A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms. **The University of Queensland Law Journal**, Queensland, 23, 22-53, 2004.

GENEVA ACADEMY. **Optimizing the UN Treaty Body System: Academic Platform Report on the 2020 Review**. Genebra, 2018. Disponível em: <<https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Optimizing%20UN%20Treaty%20Bodies.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2020.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**, 1948.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969.

UN. **Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice**. San Francisco, 1945. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

UN. Economic and Social Council. **Resolution 1235**, 1967. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/procedures/1235.html>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

UN. General Assembly. **Report of the Human Rights Committee, 50° Session**, 1995. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/50/40>>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

UN. General Assembly. **Resolution 60/251**, 2006. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf>. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

UN. General Assembly. **Resolution 68/268**, 2014. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/HRTD/A-RES-68-268_E.pdf>. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

UN. General Assembly. **Status of the human rights treaty body system**, 2018. Disponível em: <<https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/73/309>>. Acesso em: 27 de janeiro de 2020.

UN. Human Rights Council. **Manual of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council**, 2008. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/Manual_Operations2008.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

UN. **Treaty Section. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General**. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en>. Acesso em: 08 de janeiro de 2020.

UN. Human Rights Council. **Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council**, 2007.

UN. Human Rights Council. **Resolution 16/21: Review of the work and functioning of the Human Rights Council**, 2011. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/126/78/PDF/G1112678.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

UN. Human Rights Committee (HRC). **General comment no. 33: Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant of Civil and Political Rights**, 2009. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/4ed34e0f2.html>>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

UN. Human Rights Council. **List of situations referred to the Human Rights Council under the Complaint Procedure since 2006**, 2014. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/ComplaintProcedure/SituationsConsideredUnderComplaintProcedures.pdf>>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

UN. **Individual Complaint Procedures Under the United Nations Human Rights Treaties**. Fact Sheet No. 7, rev. 2, 2013. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet7Rev.2.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

UN. **Vienna Convention on the Law of Treaties**, 1969.

UN. **United Nations Special Procedures – Facts and Figures 2013**. Genebra: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2014. Disponível em: <

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/Facts_Figures2013.pdf>. Acesso em: 23 de outubro de 2019.

LIMON, Marc. **Policy Report: Reform of the UN Human Rights Petitions System. An assessment of the UN human rights communications procedures and proposals for a single integrated system.** Universal Rights Group, 2018. Disponível em: < https://www.universal-rights.org/wp-content/uploads/2018/01/URG_Policy_report_Reform_Human_rights_petition_system_22_12_17_digital_use.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2019.

LIMON, Marc; PICCONE, Ted. **Policy Report: Human Rights Special Procedures: Determinants of Influence. Understanding and strengthening the effectiveness of the UN's independent human rights experts.** Universal Rights Group, 2014. Disponível em < <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/un-human-rights-experts-evaluation-piccone.pdf>>. Acesso em: 03 de novembro de 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**, 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TERLINGEN, Yvonne. The Human Rights Council: A New Era in UN Human Rights Works? **Ethics & International Affairs**, Cambridge, 21, 167-178, 2011. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/ethics-and-international-affairs/article/human-rights-council-a-new-era-in-un-human-rights-work/84B69CF904D951704302B2D8D41DC791>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2020.

DIREITOS HUMANOS INTERCULTURAIS, LAICIDADE E A EXPERIÊNCIA SOCIAL DE CANDOMBLECISTAS NO INTERIOR BAIANO: UM ESTUDO SOBRE SIMBOLISMO LEGAL E IDENTIDADES

*Phablo Freire**

*Maria Luísa Gomes Cavalcanti***

RESUMO: O atual estudo empírico teve como objetivo discutir de que forma a legislação da liberdade religiosa, pautada no princípio da laicidade, afeta a constituição identitária a partir dos processos de reconhecimento de candomblecistas em um município do interior baiano e a consequente possibilidade de elaboração de Direitos Humanos Interculturais. A pesquisa se configurou como qualitativa empírica. O corpus da análise correspondeu às falas de 11 participantes, sendo a ele aplicada a Análise de Conteúdo com suporte no software Iramuteq; Adotou-se ainda a técnica da triangulação teórica para validação dos resultados. Concluiu-se que a presença da violência nas três esferas de reconhecimento (afeto, Direito, solidariedade) se configura como elemento constitutivo de identidades candomblecistas subalternizadas, deslocando as possibilidades de mudança para um lugar externo a consciência-ação, levando os indivíduos e grupos à imprecisa percepção de uma ajuda externa que, ao contrário, acaba por fragilizar ainda mais os processos de reconhecimento. Tais processos violentos de (re)posição identitária se dão num contexto normativo em que se verifica a presença de uma laicidade simbólica, nas modalidades confirmação-de-valores e legislação-álibi, obstruindo-se assim a possibilidade de elaboração de Direitos Humanos Interculturais, em razão de serem os conteúdos normativos para os DH elaborados unilateralmente por indivíduos e grupos partícipes de posições sociais hegemônicas e estranhas à cultura e tradição candomblecista. Estigmatizando, restringindo e inviabilizando a participação desses atores sociais na prática de uma hermenêutica diatópica.

PALAVRAS-CHAVE: Candomblecistas; Constitucionalização Simbólica; Direitos Humanos Interculturais; Laicidade.

ABSTRACT: The present empirical study aimed to discuss how the legislation on religious freedom, based on the principle of secularism, affects the identity constitution based on the processes of recognition of candomblecists in a municipality in the interior of Bahia and the consequent possibility of elaborating of Intercultural Human Rights. The research was configured as an empirical qualitative. The corpus of the analysis corresponded to the statements of 11 participants, with Content Analysis applied with the aid of the Iramuteq software; The theoretical triangulation technique was also adopted to validate the results. It was

* Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Mestre em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF), Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE) e em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional e Docente do Colegiado de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF) e da Pós-Graduação em Direito e Processo Civil pela Centro Universitário Maurício de Nassau Petrolina-PE (UNINASSAU), Coordenador do Núcleo de Pesquisa da Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). E-mail: phablo-freire@hotmail.com. Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF).

** Bacharelada em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). E-mail: marialuisa.cavalcanti@hotmail.com. Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

concluded that the presence of violence in the three spheres of recognition (affection, Law, solidarity) is configured as a constitutive element of subalternized Candomblecist identities, shifting the possibilities of change to an external place of consciousness-action, leading individuals and groups to inaccurate perception of external aid that, on the contrary, ends up further weakening the recognition processes. Such violent processes of (re) position of identity occur in a normative context in which the presence of a symbolic laicity is verified, in the modalities of confirmation of values and alibi legislation, thus obstructing the possibility of elaborating Intercultural Human Rights, because the normative contents for Human Rights were unilaterally prepared by individuals and groups participating in hegemonic social positions and foreign to Candomblecist culture and tradition. Stigmatizing, restricting and preventing the participation of these social actors in the practice of diatopic hermeneutics.

KEYWORDS: Candomblers; Intercultural Human Rights; Laicity; Symbolic Constitutionalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aporte teórico e normativo; 2.1 Disciplina jurídica da liberdade religiosa para as religiões de matriz africana no Brasil; 2.2 Teoria da identidade em Ciampa e reconhecimento em Axel Honneth; 2.3 Legislação simbólica; 2.4 Direitos Humanos e interculturalidade: a perspectiva de Boaventura de Sousa Santos; 3. Método; 3.1 Participantes; 3.2 Procedimentos de coleta; 3.3 Análise dos dados; 4. Resultados e discussões; 5. Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, desde a Constituição de 1988, tem-se a norma veiculada pelo art. 19, inciso I, em que se anuncia o país como laico, prevalecendo a perspectiva normativa de igualdade entre credos, e sobrepondo as liberdades de consciência e religiões sobre a opressão de uma única forma de pensamento.

No entanto, a despeito dessa diretriz jurídica, o convívio entre as diferentes manifestações religiosas no Brasil, ainda é marcado por uma profunda hierarquização. Como destacam Hoshino e Chueiri (2019, p.2222), os indivíduos que professam as religiões de matriz africana são configurados como alvo preferencial das intolerâncias, em razão da presença do racismo como recurso de mediação social, expropriando a humanidade desses sujeitos e grupos estigmatizados e posicionando-os nas interações sociais como “vítimas incontestavelmente majoritárias de agressões físicas, morais e simbólicas”.

Em 2016, essa dinâmica de violências já constava em dados públicos estatais quando é divulgado o Relatório sobre Intolerância e Violência Religiosa no Brasil (2011–2015), produzido pelo então Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. O documento informava o crescimento no número de denúncias sobre intolerância religiosa no Brasil. Os dados coletados evidenciavam as modalidades mais utilizadas para prática da agressão, sendo elas: as depredações aos espaços de culto (24%), seguidas das

agressões físicas (23%) e das violências morais perpetradas nas mídias e redes sociais (10%). Estando as religiões de matriz africana, ainda segundo o relatório, como posicionadas como o alvo preferencial dos ataques.

Já o relatório disponibilizado em 2019 pelo então Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), apresentou o levantamento atualizado sobre denúncias de intolerância religiosa no Brasil, abrangendo os anos já contemplados no relatório de 2016, sendo a este acrescido o levantamento do intervalo entre os anos de 2016 a 2018. No documento observa-se a progressão no número de denúncias, sendo registradas inicialmente 15 denúncias em 2011, seguidas de 109 denúncias em 2012, 231 denúncias em 2013, 149 denúncias em 2014, 556 denúncias no ano de 2015, 759 denúncias em 2016, 537 denúncias em 2017 e, por fim, 506 denúncias no ano de 2018.

Para mensuração sobre como as religiões de matriz africana figuram nos dados, destacam-se aqui o ano com maior número de registros (2016) e o último período do levantamento (2018). Em 2016, do número total, 176 casos denunciados eram de sujeitos praticantes de alguma religião de matriz africana (74 umbandistas, 69 candomblecistas, 33 autodeclarados como de matriz africana), equivalendo a 23% do total de registros. Seguindo-se dos cristãos com maior número de casos, com 42 denúncias (1 Adventista, 2 assembleianos, 14 Católicos, 1 congregacionista, 21 autodenominados como evangélicos e 3 testemunhas de Jeová), correspondendo a 5,5% do total de denúncias.

Em 2018, o número de pessoas autoidentificadas como praticantes de alguma religião de matriz africana vitimadas por alguma violência religiosa foi de 152 indivíduos (47 candomblecistas, 28 identificados como de “matriz africana”, 72 umbandistas, e 4 umbandistas-candomblecistas e 1 umbandista-quimbandista-candomblecista), correspondendo a 30% do total de denúncias, enquanto o segundo grupo religioso com maior número de registros por intolerância, continua sendo o cristão: os evangélicos (sem denominação específica, agrupando todos os subgrupos) correspondendo a 4,55% do total de denúncias, seguidos dos católicos com 1,98% do total de ocorrências. Observasse que as religiões de matriz africana, em todo o levantamento, com destaque nos dois anos mencionados, configuram-se como o alvo preferencial dos ataques intolerantes. Verifica-se que o dado presente no relatório governamental de 2019, sobre a vulnerabilidade das religiões de matriz africana está em consonância com o que se observou no estudo de Hoshino e Chueiri (2019).

Destaque-se ainda que os relatórios disponibilizados pelos Ministérios, em 2016 e em 2019 não são suficientes para elucidar se o aumento dos números de ocorrências aponta para um crescimento da violência religiosa propriamente ou se o que cresceu, com efeito, ao longo dos anos, foi a percepção das vítimas acerca dos contextos socialmente naturalizados de violência e da possibilidade de denúncia. Mas, em ambos os documentos resta evidente a configuração das religiões de matriz africana como destinatários preferenciais das práticas intolerantes.

Coexistem assim duas realidades distintas no convívio brasileiro; uma que se encontra nas prescrições normativas, constitucionais e infraconstitucionais, que sinalizam uma igualdade entre os indivíduos e, uma outra, diversa, observada na concretude da experiência social,

marcada pela assimetria de possibilidades, violência e estigmatização entre os indivíduos e grupos.

Deste modo, o desafio para a área jurídica e áreas interdisciplinares que com ela dialogam é compreender como esses processos se perduram e se mantêm, além de buscar formas para produção de uma efetividade para aquelas normas que asseguram a igualdade, a laicidade e a liberdade de consciência, pensamento e crença. Nesse sentido, o presente trabalho teve como objetivo geral da pesquisa discutir de que forma a legislação da liberdade religiosa, pautada no princípio da laicidade, afeta a constituição identitária a partir dos processos de reconhecimento de candomblecistas em um município do interior baiano e a consequente possibilidade de elaboração de Direitos Humanos Interculturais (DHI). Para a implementação do interesse geral da pesquisa, foram considerados como objetivos específicos: 1) identificar os conteúdos identitários dos indivíduos integrantes da amostra 2) analisar o conteúdo identitário a partir das diretrizes teóricas das identidades, reconhecimento e DHI 3) discutir a relação entre a qualidade dos conteúdos identitários à luz da teoria da legislação simbólica.

A pesquisa se configura como qualitativa empírica, valendo-se de dados documentais, sendo seu delineamento descritivo (MINAYO, 2002; GIL, 2002). Para que se alcancem os objetivos delimitados o estudo se inicia com uma exposição dos marcos teóricos e normativos que orientam as análises, seguindo-se da exposição do método selecionado, dos dados, resultados e análises, sendo finalizado com a triangulação teórica, a partir da qual articulam-se a 1. teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves, 2. a teoria de identidades de Antonio da Costa Ciampa e 3. a teoria dos Direitos Humanos Interculturais na perspectiva de Boaventura de Souza Santos.

2 APORTE TEÓRICO E NORMATIVO

2.1 Disciplina jurídica da liberdade religiosa para as religiões de matriz africana no Brasil

No Brasil, algumas normas impõem a concretização da laicidade, preocupando-se com a correção de desigualdades históricas no país. Nesse contexto, a Constituição, que já fixa a laicidade estatal no seu art. 19, inciso I, ainda estabelece a igualdade e a liberdade no art. 5º e nos seus incisos, conforme se observa a seguir:

Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

(...)

VI - **é inviolável a liberdade de consciência e de crença**, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (BRASIL, 1988) (grifos nossos)

Como destacam Blancarte, Esquivel, Felitti, Cunha e Lins (2018, p.10), a laicidade nas experiências latino-americanas se configura como instrumento jurídico garantidor de “uma diversidade confessional até então inexistente, uma diversidade religiosa sempre presente, mas

não reconhecida”, sendo a norma laica – como sublinham os autores – um conceito complexo que encontra diferentes concretudes a partir das diversas experiências nacionais.

As normas infraconstitucionais surgiram na tentativa de promover a igualdade em todas as esferas, sobretudo nos contextos religiosos. Tal cenário é perceptível no art. 208 do Código Penal vigente, que apesar de promulgado em 1940, já instituía o crime contra o sentimento religioso, com a pena de detenção de um mês a um ano, ou multa, para quem “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” (BRASIL, 1940). Ademais, em 1989, foi promulgada a Lei n. 7.716, que define os “crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, dando tratamento criminal à discriminação em razão da raça ou religião e servindo de fundamento para a proteção de cultos das religiões de matriz africana.

Outrossim, já no contexto após a Constituição de 1988, na seara cível, a Lei n. 10.639/2003 inclui no currículo da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-brasileira”. A norma altera o art. 26-A e seus respectivos parágrafos da Lei 9.394/1996, impondo que estabelecimentos de ensino fundamental e médio, públicos ou particulares, obrigatoriamente ensinem sobre a cultura negra brasileira e o papel desta para a formação nacional, demonstrando sua contribuição política, social e econômica. O processo inclusivo disparado pela aludida lei, como pontuam Pereira e Miranda (2017, p.111), desdobra-se da perspectiva laica ao orientar os “fundamentos educacionais contemporâneos para a superação do racismo e da discriminação racial” nas práticas educacionais. Porém, encontra a resistência nas práticas da população e educadores ao utilizarem o credo cristão nas dinâmicas escolares como recurso de silenciamento ou manutenção dos estigmas dirigidos às manifestações diferentes do repertório simbólico cristão.

Já em 2010, foi instituído o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288), que fixou em seu capítulo III (arts. 23 a 26) o direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos. Destaca-se, dentre outros dispositivos, os seguintes:

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

(...)

VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

(...)

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

(...)

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;

(...)

III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público (BRASIL, 2010, Grifos nossos)

As liberdades de pensamento, consciência e crença também figuram como recurso normativos na esfera internacional, encontrando previsão em tradas internacionais dos quais o Brasil é signatário, dentre eles, a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 18 consagra a disciplina das liberdades laicas.

A tutela multinível jurídico-normativa laica não é, contudo, suficiente para alterar as práticas sociais de intolerância, de racismo e racismo religioso, como sugerem Benitea, Faustino, Silva e Benite (2019) ao discutirem a resistência das práticas de mistificação da religiosidade de matriz africana.

Isto porque, mesmo quando a pretexto da produção de uma igualdade laica, como vão ressaltar Hoshino e Chueiri (2019, p.2232), é possível que se observe nas interações sociais a continuidade dos sentidos de racialização e até mesmo sua presença nas Cortes Constitucionais por meio de uma “interpretação preconceituosa da lei, ou seja, (uma) seletividade no exercício de poder de polícia administrativo para fiscalização e sanção dos terreiros”, num movimento silencioso de manutenção das assimetrias simbólicas entre o elemento religioso, apontando para a complexidade de tais dinâmicas, elucidando a necessidade de se discutir a norma (laica) não apenas a partir da superfície das interações e das prescrições jurídico-normativas mas, antes delas, das marcas identitárias que as diferenciações assimétricas racistas foram capazes de produzir na elaboração das subjetividades e nas condições a partir das quais interagem socialmente os indivíduos e grupos.

2.2 Teoria da identidade em Ciampa e reconhecimento em Axel Honneth

No desenvolvimento dos estudos acerca da formação da identidade, o psicólogo social Antonio Costa Ciampa (1989) busca uma alternativa teórica para compreensão do fenômeno identitário, evitando deterministas ou cognitivismo absoluto. Para o autor, a elaboração identitária é um processo contínuo, sendo o sujeito produtor e produto da multiplicidade de personagens que adota para si, ou seja, do conjunto de papéis sociais que assume, sendo estes mutáveis. A identidade seria assim constituída por todos os papéis selecionados pelo indivíduo numa pressuposição de si, daquilo que haveria de compor o indivíduo, passando este a repor tais papéis, continuamente, numa manutenção dessa multiplicidade que corresponde à sua ideia de si. Nisto, a identidade é a pressuposição de si mesmo que é repostada continuamente pelo indivíduo em suas práticas sociais, num processo que em si mesmo é um dar-se, mas que é percebido como um dado.

Para Ciampa (1989), a identidade é constituída no contexto dos processos de reconhecimento, ancorando sua perspectiva de identidade pressuposta-reposta nos estudos desenvolvidos pelo sociólogo Axel Honneth (2003), que por sua vez, sustenta a formação da identidade como fator

central da análise social, apontando que os conflitos surgem de experiências de desrespeito naturalizadas nos processos de elaboração moral dos sujeitos por meio de suas identidades. Nessa perspectiva, Honneth (2003) aponta para três esferas de reconhecimento: o afeto, o Direito e a solidariedade.

É na esfera do afeto que se encontram as relações primárias (família, amor, amizade): sendo a partir da estabilidade provida pelo afeto amor do outro nas primeiras interações que o indivíduo estabelece as bases emocionais para a elaboração de uma identidade autônoma e segura, firmando maior confiança no sentido de estima social e, portanto, maior confiança em si. Já a esfera do Direito encontra-se condicionada à percepção dos indivíduos sobre os sentidos e conteúdos dos direitos socialmente elaborados e postos, isto é, sua capacidade de compreensão e articulação a partir dos direitos que existem e podem existir para si, sua busca por efetividade no (re)posicionamento social provido pelo complexo de direitos entendido como sistema jurídico. Pela esfera da solidariedade verifica-se a perspectiva de estima-estigma social experimentada pelo indivíduo, quando, por meio de suas qualidades e realizações percebe-se capaz de contribuir para o meio social, ou seja, é nesta esfera de reconhecimento que se encontra a estima ou o estigma social que recai sobre alguns papéis (ou mesmo a totalidade dos papéis constituintes da identidade) capaz de promover tolerância entre os sujeitos ou sua rejeição (GOFFMAN, 2004).

Como aponta Goffman (2004), sobre as práticas e papéis sociais recai a avaliação moral realizada pela coletividade por meio do imaginário socialmente constituído, sedimentando relações de estima ou estigma social condicionando a perspectiva social que acolhe ou exclui os indivíduos que performam determinados papéis. Naturalizando os sentidos de identidades (ou mesmo de papéis fragmentados) que são reconhecidos socialmente (desejados, estimulados, valorizados e superiormente posicionados) e outros que são reprovadas e reprimidas (rejeitados, desestimulados, desqualificados e inferiormente posicionados). Tendo em conta que a identidade é condição e consequência de ações, existem, além das identidades individuais, as identidades coletivas, pelas quais os atores sociais assumem papéis políticos na tentativa de alterar as experiências negativas. Ciampa (1989) evidencia, assim, o caráter social da elaboração identitária, já que esta se configura como fruto de processos recíprocos de reconhecimento, isto é, nas práticas interativas sociais.

2.3 Legislação simbólica

Ao analisar a efetividade das normas jurídicas nos contextos sociais, Marcelo Neves (2011) desenvolve a teoria da constitucionalização-legislação simbólica. Para o jurista, o fenômeno é observado nos cenários em que verifica-se a prevalência do político e ideológico em detrimento sentidos jurídico-normativos. Assim, apesar da legislação ter um caráter simbólico inerente, sendo instrumento socialmente construído de expressão e de orientação de práticas, configura-se como hipertrófica (ou simbólica) quando o conteúdo político e ideológico coloniza os sentidos estritamente jurídicos, obstruindo-os.

Dentre os possíveis tipos da legislação simbólica, podem ser identificadas a legislação-confirmação-de-valores e a legislação-álibi. Sobre a primeira delas, Neves (2011) aponta sua ocorrência quando, diante de interesses de grupos antagônicos, a lei assume o papel enaltecedor de conteúdos morais pertinentes a, exclusivamente, um deles de maneira que excluem-se conteúdos dos demais grupos, possibilitando inclusive processos de estigmatização social em razão desse processo seletivo. Nesse contexto, serve o conteúdo legal como instrumento de diferenciação social, em lugar de figurar como ferramenta de produção de equilíbrio social.

Com relação ao segundo tipo, a legislação-álibi caracteriza-se quando a mera existência normativa anuncia-se como solução, sem dirigir-se para qualquer busca por efetividade, funcionando como escusa ante à demanda popular, sendo tal existência, da lei e não da efetividade, um álibi para deslocar a responsabilidade jurídica estatal na busca pela mudança e equilíbrio sociais para lugares outros. Nessa perspectiva, a lei revela-se como mecanismo de controle do Estado, já que desloca deste a responsabilidade de enfrentamento dos problemas, obstruindo o papel de outros agentes e manipulando a busca de alternativas viáveis de solução.

Essa problemática torna-se ainda mais grave no âmbito constitucional, no qual a função simbólica atinge elementos fundamentais da ordem política. Neves (1996) aponta que a constitucionalização simbólica é perceptível sobremaneira no princípio da igualdade, deturpado nas práticas seletivas implementadas pelo Estado brasileiro no curso de sua existência. O autor destaca ainda que o caráter simbólico das legislações-álibis ao obstruírem a busca por diminuição das tensões sociais, pode promover, em ricochete, a descrença no próprio Estado, na medida em que os governados experimentam a inefetividade normativa e sentem-se desamparados.

2.4 Direitos Humanos e interculturalidade: a perspectiva de Boaventura de Sousa Santos

Com o escopo de superar as concepções clássicas de direitos humanos – que os tornam meros atributos de falsa universalidade –, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2010) vai propor uma nova forma de construção do conteúdo sócio-jurídico desses direitos, em oposição ao modelo colonizador atualmente adotado.

De acordo com o autor, as políticas de direitos humanos, nos atuais contextos de globalização, promovem uma visão hegemônica: o norte oferece sua ajuda internacional aos países emergentes do sul (globalização de cima para baixo), excluindo-os do processo de elaboração e ignorando a relevância de localidade de suas culturas. Como forma de reverter esses processos, adequando os direitos humanos aos diversos contextos, sem que se negligenciem as disparidades existentes, Santos (2010) propõe uma hermenêutica diatópica, na qual, para além da competência global, deve existir (e prevalecer) uma legitimidade local (globalização de baixo para cima), na busca pelo desenvolvimento de alternativas para promoção da dignidade humana pela via da reconstrução dos conteúdos de direitos mirando a experiência local.

O grau de rejeição ou concretude de direitos depende, como destaca Santos (2010), da capacidade de diálogo entre culturas, interculturais, diálogos estes que implicam as relações

políticas e sociais de poder. Na elaboração do conteúdo dos Direitos Humanos Interculturais (DHI), por meio da hermenêutica diatópica, Santos (2010) aponta algumas condições, quais sejam: 1.a consciência da incompletude cultural; 2.a adoção de visões culturais amplas; 3.a definição acordada do momento de diálogo; 4.a escolha mútua de participantes e assuntos a serem discutidos e 5.o reconhecimento da igualdade e da diferença enquanto direitos.

Acerca da primeira condição, explica o autor que a percepção de completude das culturas não é ponto de chegada, mas sim de partida. Para a hermenêutica diatópica, é imprescindível a noção de relevância da existência de culturas diversas, bem como a consciência de que nenhuma, ao ser analisada de forma isolada, possui resposta satisfatória para todas os problemas sociais. Assim, através de uma consciência-ação¹ acerca da incompletude das culturas viabilizada pelo diálogo cria-se alternativas para desvelamento de problemas comuns e específicos.

De igual modo, a elaboração de DHI depende da consciência-ação da variedade que existe internamente em um grupo. Uma cultura, ainda que isoladamente considerada, possui, internamente, diversas versões de fatos e elementos. O diálogo efetivo surge a partir da adoção de versões culturais mais amplas, ou seja, as visões que proporcionam melhor reconhecimento do outro, contextualizando diferenças e possibilitando alianças. Ademais, a hermenêutica diatópica não coaduna com escolhas unilaterais, que podem revelar-se violentamente opressoras – quando provenientes dos grupos já hegemônicos – assim, é necessário que as culturas em diálogo escolham mutuamente o momento adequado para as decisões, inclusive considerando possíveis pausas quando os malefícios superarem os benefícios. No mesmo sentido, é necessário acordar quais os participantes envolvidos e os temas a serem tratados: alguns aspectos culturais não são facilmente abordados, sendo imprescindível levar em consideração tais realidades.

Além disso, Boaventura de Souza Santos (2010) aborda a tendência que as culturas possuem de estabelecer hierarquias entre si ou de destinar tratamentos desiguais a partir das diferenças sociais: lutas de classe, racismo, sexismo. No entanto, para o autor, a emancipação depende do reconhecimento da igualdade e da desigualdade enquanto direitos que coexistem. Dessa forma, o direito de ser igual exsurge quando a diferença inferioriza e o direito de ser diferente revela-se imprescindível quando a igualdade descaracteriza, ameaçando as construções identitárias.

3 MÉTODO

3.1 Participantes

Este estudo se dedicou à análise de documento de áudio de acesso público disponibilizado em uma rede social. O áudio em questão é referente a transmissão em formato *podcast* de evento

¹ De acordo com Silvia Lane, o conceito psicossocial de *consciência* está relacionado com a habilidade de compreensão dos sentidos envolvidos na elaboração das condições identitárias e sociais, buscando o desvelamento das contradições implícitas nos aspectos da estrutura (e interação) social, de maneira que toda consciência se desdobra em ações, o que sabe sobre algo e modo como se sabe sobre algo posiciona os sujeitos diante desse algo, sendo possível então identificar as consciências instrumentalizadas nas interações sociais a partir das ações que os indivíduos e grupos são capazes de elaborar.

público realizado pela prefeitura municipal de Juazeiro-BA, em 2018, sobre consciência negra e religiões de matriz africana. O corpus da análise corresponde, mais especificamente, às falas de 11 participantes do evento, sendo eles 7 candomblecistas de diferentes terreiros, 3 moradores da comunidade onde se localiza um dos terreiros e 1 professora universitária participante do Conselho de Promoção da Igualdade Racial, na cidade de Juazeiro-BA, localizada no sertão baiano.

3.2 Procedimentos de coleta

Para a coleta de dados realizou-se a localização do áudio disponibilizado na *internet* em dezembro de 2018 na rede social facebook.com. O áudio em questão (configurado aqui como dados secundários da pesquisa) corresponde um *podcast* disponibilizado por um Coletivo da cidade de Petrolina/PE que realizou a cobertura e divulgação do evento com a anúncia dos participantes. O evento público fora realizado no final de novembro de 2018 pela Prefeitura de Juazeiro/BA, em celebração do da semana da consciência negra, em um dos terreiros de candomblé no município, originando assim o áudio-*podcast* sobre o qual se debruçou a esta pesquisa. Ao longo do evento, a partir do qual produziu-se o conteúdo original da análise, o mediador disparou tópicos e instigou o debate acerca das experiências dos participantes a respeito das identidades dos membros de religião de matriz africana e seu trânsito no espaço público. As perspectivas relatadas publicamente no evento municipal foram, mediante autorização dos envolvidos, gravadas e publicadas, por meio de áudio-*podcast* em uma rede social.

O documento em áudio foi convertido para o formato de texto, por meio da transcrição de seu conteúdo, sendo aplicados sobre ele critérios de inclusão e exclusão no material produzido com vistas à produção de um bando de dados. Para inclusão, considerou-se a integralidade do áudio disponibilizado, sendo em seguida excluídas as falas de participantes que não eram candomblecistas e daqueles que não possuíam qualquer contato ou convívio direto com a religião. As falas foram então agrupadas e formatadas, compondo um bando de dados analisável pelo *software* Iramuteq. Deste modo, a amostra correspondente ao conteúdo das falas dos 11 participantes, configurou-se como não-probabilística por conveniência.

3.3 Análise dos dados

Considerando a abordagem qualitativa, procedeu-se a Análise do Conteúdo (AC) sobre o *corpus* produzido a partir do áudio-*podcast*, sendo possível identificar os sentidos constitutivos dos papéis assumidos pelos candomblecistas e, conseqüentemente, a maneira como estes posicionam-se (e são posicionados) no convívio social. A AC empregada no material foi realizada sendo considerada a perspectiva teórica de Bardin (2002), com suporte no *software* Iramuteq por meio da Classificação Hierárquica Descendente (CHD) que, ao analisar o conjunto de palavras provenientes do áudio transcrito, gerou eixos e classes lexicais que demonstraram as construções e organizações de sentidos identificáveis a partir das falas.

Ademais, durante a fase de inferências, para validação dos resultados utilizou-se a técnica da triangulação teórica.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A análise feita por meio do *software* Iramuteq, usando a técnica de análise CHD, gerou uma tabela que ilustra como os sentidos sobre a identidade dos candomblecistas se organiza. Produziu-se, desse modo, os dados presentes na figura 1 a seguir apresentados e discutidos.

O *software* considerou 77,78% da análise, equivalente a 217 unidades de contexto elementar (UCEs) de um total de 279. Os dados analisados permitiram o agrupamento em 5 classes, divididas em 2 eixos, sendo o eixo 1 denominado de “Identidade subalterna” e o eixo 2 de “Caracteres da violência”. O primeiro eixo é composto de uma única classe e, por isso, optou-se por não dotá-la de um nome específico. Nele, constam-se 24,4% dos dados analisados. O segundo eixo é constituído por 4 classes, quais sejam: a classe 3, nomeada como “Divindades violentamente estigmatizadas”, com 13,4% do corpus analisado; a classe 2, intitulada de “Consciência e orgulho incipientes”, com 18% das análises; a classe 1, com 24% dos dados analisados, denominada de “Violência atual” e a classe 4, designada como “historicidade e insinceridade” com 20,3% dos dados considerados, conforme retratado *na figura 1* a seguir:

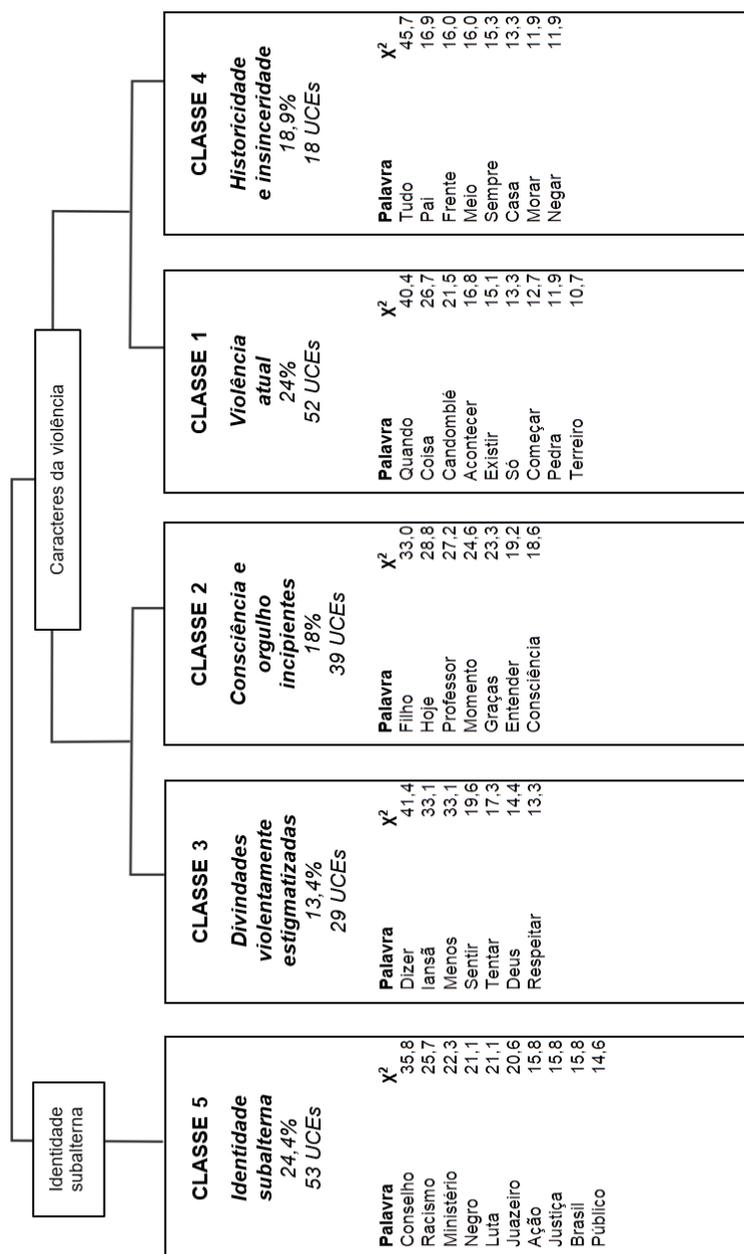


Figura 1: Dendrograma Identidade candomblecista.

Consoante Figura 1 acima, o Eixo 1, “identidade subalterna”, formado por uma única classe, evidencia que os candomblecistas são condicionados à subalternidade no meio social. A classe 5, com 53 UCEs, agrupou-se em torno das palavras *conselho* ($x^2=35,86$), *racismo* ($x^2=25,7$), *ministério* ($x^2=22,38$), *negro* ($x^2=21,14$), *luta* ($x^2=21,14$), *Juazeiro* ($x^2=20,68$), *ação* ($x^2=15,84$), *justiça* ($x^2=15,84$), *Brasil* ($x^2=15,84$) e *Público* ($x^2=14,65$), que, quando relacionadas veiculam um sentido de impotência diante da realidade: a externalidade da solução para as violências enfrentadas, a incapacidade de enfrentamento autônomo dos conflitos sociais que lhes atravessam, quando a “solução” para as dificuldades experimentadas pelo grupo não são

percebidas como produto de suas próprias ações, mas sim da intervenção de uma instituição externa, “pública”: o “conselho” (municipal). Como se pode observar nos trechos a seguir:

Mãe Adelaide estava sendo apedrejada há mais de 2 meses, estava dormindo fora de casa e quando ela chegou aqui não tinha condições. foi aí que a gente acionou **ministério público**, acionou os **conselhos** [...] a gente tem tentado se mobilizar através do **conselho** [...] nós temos o **conselho** municipal da luta pela igualdade [...] lei aprovada que garante alguns direitos é mais uma ferramenta de luta institucional, nossa o segundo ponto era falar do **racismo** [...] não termina com o **racismo**, o **racismo** sobrevive [...] o povo que faz resistência como o povo **negro** [...] não vai ser bom pra gente, o **povo de terreiro** vai sofrer muito, quilombolas **negros**.

O eixo 2, nomeado “Caracteres da violência”, organiza-se em torno das classes 3, 2, 1 e 4, evidenciando os sentidos partilhados pelos participantes acerca da violência que vivenciam, evidenciando aspectos como: a violência em razão da divindade, o orgulho reprimido, bem como o caráter histórico e contínuo das agressões. A classe 3, nomeada “Divindades violentamente estigmatizadas”, com 29 UCEs, reúne as palavras *dizer* ($\chi^2=41,46$), *Iansã* ($\chi^2=33,18$), *menos* ($\chi^2=33,18$), *sentir* ($\chi^2=19,63$), *tentar* ($\chi^2=17,32$), *deus* ($\chi^2=14,44$), *respeitar* ($\chi^2=13,37$), que ao serem agrupadas, evidenciam a violenta estigmatização produzida pela sociedade para as divindades da religião de matriz africana. A violência se materializa pela linguagem, pelos discursos, sobretudo quando identificadas os termos *dizer* e *Iansã*. Assim, a classe retrata um desprezo que já está posto no meio social, a tradição do candomblé sendo violentamente reprimida, conforme ilustrado pelos fragmentos a seguir:

só sabíamos porque jogavam (pedras) [...] pegou muito com **deus** Oxum; **Iansã**, não é o mal, o povo que **diz** [...] eu não tenho vergonha de **dizer** [...] a gente se sente até incapaz porque temos tantas coisas, tantas forças e a gente não consegue impedir isso (violências) eu me **sinto** muito mal [...] eu tenho 11 anos numa associação **tentando** passar para outros o que eu sei

Já a classe 2, nomeada “Consciência e orgulho incipientes”, com 39 UCEs, agrupou-se em torno das palavras *filho* ($\chi^2=33,05$), *hoje* ($\chi^2=28,84$), *professor* ($\chi^2=27,24$), *momento* ($\chi^2=24,64$), *graças* ($\chi^2=23,36$), *entender* ($\chi^2=19,25$) e *consciência* ($\chi^2=18,6$). Essas, quando associadas, revelam um senso de urgência pela transmissão de sentidos positivos: o *professor* enquanto transmissor de conhecimento e o *filho* enquanto coletividade: família. São papéis constitutivos das identidades valorados, não na interação com os diferentes (com os grupos externos hegemônicos), mas nas dinâmicas internas do grupo. A classe revela que a ideia de *resistência* dos candomblecistas por ser satisfatoriamente elaborada e partilhada nas conexões entre os membros da religião, a partir da ideia de educação para a tomada de consciência, sendo o papel de *professor* determinante para a elaboração dessa identidade-resistência, localizando-se não numa relação professor-aluno, mas numa interação *professor-pai-filho-irmão*. Como se exhibe nos trechos a seguir:

e cabe a gente como Babalorixás e Ialorixás, pai de santo e mãe de santo, educar nossos **filhos**, não só nossos filhos, mas todos os nossos irmãos. Tentar que eles **entendam** que **hoje** nós não somos mais escravizados [...] a professora me chamou e disse não! ela está errada! ela era do candomblé e eu não sabia disso. Ela era só minha **professora**, vim saber disso depois de 18 anos. Mas ela estava me ajudando a ter a **consciência** que eu não tinha.

A classe 3 e a classe 2 possuem uma relação de antagonismo entre o que é dito pelo outro, como são pelos descritos grupos externos, e a forma como os membros de terreiros se enxergam. A classe 3 retrata a violência religiosa que os membros de terreiros do interior baiano se deparam

no convívio social, a negatividade já posta. Em contrapartida, a classe 2 envolve a perspectiva dos próprios membros: a necessidade de tomar consciência pela educação e resistir para propagar o orgulho que eles sentem por suas práticas. Assim, a estigmatização reprime a tradição, deslocando o orgulho próprio dos candomblecistas para o íntimo, de forma que este não pode ser expresso publicamente. A violência em razão da religião, ainda que não elimine o orgulho, determina e diminui a forma como este se manifesta, posicionando-o num lugar estritamente reservado, ocasionando uma reposição identitária dolorosa e subalternizada.

Com relação às demais classes do Eixo 2, a classe 1, denominada “Violência atual”, com 52 UCEs, organizou-se em torno das palavras *quando* ($\chi^2=40,49$); *coisa* ($\chi^2=26,27$); *candomblé* ($\chi^2=21,56$); *acontecer* ($\chi^2=16,8$); *existir* ($\chi^2=15,14$); *só* ($\chi^2=13,35$); *começar* ($\chi^2=12,71$); *pedra* ($\chi^2=11,94$) e *terreiro* ($\chi^2=10,72$). O uso do termo “quando” denota a localização temporal da violência religiosa contra os candomblecistas. As palavras relacionadas revelam a atualidade e a urgência das violências: a exterioridade da narrativa – outros grupos dizem o que os candomblecistas são ou devem ser, limitando e impondo papéis –, a coisificação dos povos de terreiros – a sociedade que utiliza rezas, busca curas para doenças ou problemas pessoais, aceitando as religiões de matriz africanas num viés exclusivamente utilitário e a retribuição violenta, que chega inclusive à forma física. Conforme evidenciado nos trechos a seguir:

quando ela terminou de dar o banho na criança caiu uma **pedra** próxima [...] **quando** minha mãe chegou aqui, porque, como ela citou, ela foi uma das fundadoras daqui [...] a gente não pode é esperar as agressões acontecerem [...] o **candomblé** na minha comunidade é muito visível, não é mais aquela coisa escondida, as pessoas fazem questão de dizer que vão pro **terreiro**, eu passo nas ruas e vejo mulheres vestidas com as contas [...] quantos chegam no **candomblé** em busca de um tratamento de saúde, de uma situação de saúde que já passou por vários médicos ou as vezes não consegui achar nenhum médico [...] as pessoas falam "ah, vocês maltratam animais". O **candomblé** não maltrata animal, pelo contrário, nós cuidamos dos animais, agora existe a ancestralidade, existem energias [...] começou com **pedrinhas**, depois foi aumentando.

A classe 4, com 44 UCEs e intitulada “historicidade e insinceridade”, agrupou-se em torno das palavras *tudo* ($\chi^2=45,79$); *pai* ($\chi^2=16,91$); *frente* ($\chi^2=16,02$); *meio* ($\chi^2=16,02$); *sempre* ($\chi^2=15,39$); *casa* ($\chi^2=13,38$); *morar* ($\chi^2=11,96$) e *negar* ($\chi^2=11,96$). Quando combinados, os termos revelam a historicidade e a permanência da violência a que os membros de terreiros estão sujeitos, agravada pela insinceridade da população em reconhecer tais agressões, isto é, a negativa por parte dos grupos vizinhos da existência de qualquer problema relacionado ao convívio, conforme depreende-se a partir da palavra *negar*, como retratado nos trechos a seguir:

mãe presenciou nos 50 anos que ela mora aqui, mãe presenciou isso **tudo** [...] meu **pai** já era raiz e a família dela também era toda raiz e a religião que a gente aprendeu pra dividir a vida da gente pra poder dividir, ser feliz [...] há 11 anos presidindo uma associação ontem, tem vários babalorixás mais velhos do que eu que poderiam tomar a **frente** [...] teve sua **casa** invadida [...] cheguei a ir conversar, mas eles sempre **negam**.

As classes 1 e 4 relacionam-se em razão do tempo da violência, o caráter histórico e a continuidade do fenômeno. Enquanto a classe 1 fornece as características da violência (termos pejorativos, agressões físicas, exterioridade da narrativa, demonização das práticas e coisificação dos candomblecistas), a classe 4 imprime sobre elas um caráter histórico e insincero, não meramente atual, isto é, a despeito de ser presente e urgente, é uma experiência que atravessa gerações, sendo sempre negada pelos agressores.

Assim, o Eixo 2, “caracteres da violência”, destaca os ataques às divindades, o deslocamento do orgulho para um lugar íntimo e reprimido, a experiência de violência como atual, coisificante, chegando a ser física e tendo característica histórica. Desse modo, o Eixo 1 e o Eixo 2 relacionam-se pela apresentação das causas da subalternidade, a incapacidade em protagonizar a própria experiência cidadã dos indivíduos e grupos determinados pelo elemento religioso, como é o caso dos candomblecistas, inferiorizados a ponto de conceber a possibilidade de solução como fora da sua possibilidade de ação.

Levando em consideração a característica humana de buscar a emancipação, identificando e criando soluções para problemas, o conceito de identidade não é estático (CIAMPA, 1989). As mudanças pelas quais os indivíduos passam nesse processo não são predeterminadas nem totalmente indeterminadas, já que a dimensão histórica e social confirma ou conflitua pretensões. Nesse contexto, a partir da noção de identidade como sendo construída e continuamente (re)posta no meio social, a análise permite inferir de que forma os sujeitos percebem-se na coletividade. Assim, a partir dos sentidos comuns identificados nas falas acerca dos conteúdos identitários dos candomblecistas, os resultados levantados na análise possibilitam inferir a presença da violência como traço determinante das identidades, mais precisamente, de identidades subalternizadas como produto de violências historicamente perpetradas das práticas sociais.

Na análise, os sentidos partilhados entre os sujeitos da pesquisa já identificam, no eixo 1, por meio da classe 5, a exclusão dos candomblecistas dos espaços decisórios, inclusive nas questões relativas a sua própria cultura – ausência de autodeterminação reforçada pela experiência excludente e estigmatizante. Assim, o grupo de participantes não se percebe enquanto protagonistas sociais de suas próprias experiências, ficando impedidos de vislumbrar possibilidades de enfrentamento dos problemas experimentados. Dessa forma, ainda que silenciosamente violentados, os candomblecistas deslocam as possibilidades de mudança para um lugar externo a sua ação, acreditando numa ilusória ajuda externa que, ao contrário, acaba por fragilizar ainda mais os processos de reconhecimento. O eixo 2 evidencia a forma como tal dinâmica ocorre e se mantém: através da violência atual e histórica (classes 1 e 4), bem como por uma violência urgente que reprime tradições e chega a afetar mesmo a integridade física dos candomblecistas, que, paralisados nesses contextos, encontram-se amedrontados e com um orgulho ainda incipiente para defenderem coletiva e publicamente suas identidades.

O conteúdo verificado na Figura 1 pode ser discutido a partir das teorias de Ciampa (1989) e Honneth (2003) quando observados sentidos que delimitam as possibilidades de existência, posicionamento dos indivíduos e grupos em lugares sociais específicos. A negação de reconhecimento manifesta-se para esses indivíduos em realidades concretas, nas esferas do afeto, do Direito e na estima social. Na esfera do afeto, experiências de violência física, moral e psicológica acabam por implicar a autoconfiança dos membros da religião, que, desde a infância, deparam-se com o menosprezo em âmbito comunitário e impotência na dimensão familiar. No pilar do Direito, o desrespeito manifesta-se na negação de direitos fundamentais elementares, ainda que constitucionalmente garantidos, além da dificuldade de acesso à justiça, posto que se encontram violentados, inclusive, por autoridades que, em tese, deveriam contribuir para a efetividade das incipientes normas que tutelam os direitos dos candomblecistas.

Na última esfera, a da solidariedade, a estima social, com efeito, acaba por ser atravessada por estigmas, de forma que os povos de terreiros são, para além de excluídos, coisificados, desconsiderados e silenciados pela coletividade.

A partir dos sentidos apontados pelos candomblecistas, que ilustraram a violação nos processos de reconhecimento, as experiências violentas e desiguais no contexto de tutela jurídica-normativa permite a análise do fenômeno à luz da legislação simbólica (NEVES, 2011), nas modalidades confirmação-de-valores e legislação-álibi. Percebe-se o tipo confirmação-de-valores na medida em que os participantes tem seus valores e práticas excluídas da constituição do espaço público, sobretudo, quando comparados a outros grupos sociais. Não se enxergando representados e protegidos pelo Estado, já que este, inclusive, protagoniza gestos de violência contra grupos não hegemônicos. Já os efeitos da legislação-álibi evidenciam-se na suposta proteção normativa oferecida pela laicidade, servindo a lei de álibi para que o Estado permaneça inerte, uma vez que ao passo que anuncia-se laico permite que violências se perpetuem e naturalizam-se contra grupos e indivíduos específicos.

Nessa perspectiva, obstrui-se a elaboração de Direitos Humanos Interculturais (SANTOS, 2010), na medida em que as decisões são tomadas unilateralmente, restringindo e inviabilizando a participação dos atores sociais diretamente envolvidos e interessados na discussão sobre liberdade religiosa. Ignorando-se a incompletude das soluções fornecidas pelas culturas hegemônicas, insuficientes para identificar e apontar soluções adequadas para as realidades concretas e díspares. Além disso, a manifesta desigualdade experimentada pelos povos de terreiro do interior baiano, identificada a partir dos sentidos partilhados, também acaba por impedir a construção de DHI por meio da ausência de uma hermenêutica diatópica, tendo em vista, a naturalização das violências e a eventual manutenção dos contextos de segregação, de não-pertença, impedindo num primeiro momento a consciência dos participantes sobre as origens dos processos de marginalização e estigmatização, inviabilizando-se em seguida as possibilidades de ação e, por fim, impedindo a participação desses indivíduos e grupos nos espaços decisórios, mantendo-os estigmatizados, excluídos e subtraídos do espaço público.

Os resultados evidenciam o contexto no qual os sentidos socialmente elaborados se organizam na direção de conformar um campo de possibilidade suficiente para (re)produzir as identidades candomblecistas subalternizadas, por meio de uma dinâmica em que o reconhecimento é negado (na esfera dos afetos, com experiências de desprezo e maus tratos no convívio diário; negado na esfera do direito, em razão da incidência de uma legislação simbólica, e negado na esfera da solidariedade, pela interação social marginalizante e estigmatizante), condicionando uma reposição de papéis ancorados em sentidos violentos de estigma e exclusão, de não-pertença e abandono. Sendo essa subalternidade fomentada pela alienação, sobretudo quando ressalta-se o fato de que tanto os processos constitutivos, quanto as possíveis soluções são percebidas pelos sujeitos como exteriores ao seu campo de ação.

Essa subalternidade das identidades candomblecistas é produto direto de um simbolismo normativo, de uma laicidade constitucional e infraconstitucional (CF, art.19, I; art. 5º, VI: Lei n.12.288/2010, art.23-26: Lei n.7.716/1989) que não se efetiva. De uma forma hegemônica específica de organização dos sentidos da laicidade no imaginário social: correspondente ao

simbolismo laico nas modalidades legislação-álibi e seleção-de-valores, conformando identidades a partir das interações sociais caracterizadas por violentas diferenciações sociais. A elaboração do conteúdo local para os Direitos Humanos em perspectiva Intercultural fica invariavelmente comprometida em razão da inexistência de condições para a prática de uma hermenêutica diatópica, permanecendo a discussão dos direitos fundamentais pertinentes à laicidade (liberdade de consciência, pensamento, crença, livre exercício dos cultos, etc.) ancorada numa perspectiva de direitos humanos universalista insuficiente para abarcar as inefetividades e violências que atravessam e implicam as experiências concretas dos indivíduos e grupos exteriores ao conteúdo hegemônico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho iniciou-se com a abordagem acerca das normas que versam sobre laicidade e religiões de matriz africana no contexto normativo brasileiro, seguiu-se para a explanação sobre teorias acerca da identidade, legislação simbólica e direitos humanos interculturais, passando finalmente à apresentação, análise e inferências sobre os dados produzidos na pesquisa.

Concluiu-se que a presença da violência nas três esferas de reconhecimento se configura como elemento constitutivo de identidades candomblecistas subalternizadas, deslocando as possibilidades de mudança para um lugar externo a consciência-ação, levando os indivíduos e grupos à imprecisa percepção de uma ajuda externa que, ao contrário, acaba por fragilizar ainda mais os processos de reconhecimento. Tais processos violentos de (re)posição identitária se dão num contexto normativo em que se verifica a presença de uma laicidade simbólica, nas modalidades confirmação-de-valores e legislação-álibi, obstruindo-se assim a possibilidade de elaboração de Direitos Humanos Interculturais, em razão de serem os conteúdos normativos para os DH elaborados unilateralmente por indivíduos e grupos partícipes de posições sociais hegemônicas e estranhas à cultura e tradição candomblecista. Estigmatizando, restringindo e inviabilizando a participação desses atores sociais na prática de uma hermenêutica diatópica.

No tocante às limitações da pesquisa, é necessário que se ressalte o caráter não generalizante da análise, tendo em vista a qualidade singular dos dados produzidos. De modo que os resultados devem ser considerados, enquanto dados singulares, tão somente como parâmetro de análise para outras pesquisas. Como um fragmento em uma investigação continuada considerando-se o raciocínio indutivo como elemento integrativo. Sendo, portanto, relevante a realização de outros estudos para que se identifique os cenários de violações de direitos humanos nesse mesmo contexto investigativo, a saber, os modos e condições de elaboração identitária e construção dos DHI entre indivíduos praticantes de religiões não-hegemônicas no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edição 70, 2002.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. 13.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BENITEA, Anna M. C. et al . Dai-me agô (licença) para falar de saberes tradicionais de matriz africana no ensino de química. **Química Nova**, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422019004500570&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2020.

BLANCARTE, Roberto et al. As encruzilhadas da laicidade na América Latina. **Relig e Sociedade**. 2018 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872018000200009&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Disque 100 registra 210 casos de intolerância religiosa no país**. 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/10/disque-100-registra-210-casos-de-intolerancia-religiosa-no-pais>>. Acesso em: 14 de jul. de 2019.

CAPETTI, Pedro; CANÔNICO, Marco Aurélio. **Denúncias de ataques a religiões de matriz africana sobem 47% no país**. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/denuncias-de-ataques-religioses-de-matriz-africana-sobem-47-no-pais-23400711>>. Acesso em: 14 de jul. de 2019.

CIAMPA, Antonio da Costa. Identidade. In: LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley (orgs.) **Psicologia social: o homem em movimento**. 7.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

CIAMPA, Antonio da Costa. Políticas de identidade e identidades políticas. In: Lenz

DUNKER, Christian INGO, Maria Consuêlo PASSOS. **Uma psicologia que se interroga: ensaios**. São Paulo: Edicon, 2002.

Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-disque-100-registra-mais-de-500-casos-de-discriminacao-religiosa>. Acesso em: 11 maio 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro; CHUEIRI, Vera Karam de. As cores das/os cortes: uma leitura do RE 494601 a partir do racismo religioso. **Revista Direito e Práxis**, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662019000302214&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2020.

LANE, Silvia T. M.; CODO, Wanderley (orgs.) **Psicologia social: o homem em movimento**. 7.ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Balanco Disque 100**. 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/ouvidoria/balanco-disque-100>. Acesso em: 14 jul. 2019.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Balanco anual: Disque 100 registra mais de 500 casos de discriminação religiosa**. 2019.

MINISTÉRIO DAS MULHERES, DA IGUALDADE RACIAL, DA JUVENTUDE E DOS DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre intolerância e violência religiosa no Brasil (2011-2015): resultados preliminares**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, SDH/PR. 2016. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/RelatorioIntoleranciaViolenciaReligiosaBrasil.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

MÜLLER, Tânia Mara Pedroso; COSTA, Ana dos Anjos Santos. Laicidade e religiões de matrizes africanas na escola: percepções docentes. **Laplage em Revista**, 2016. Disponível em: <http://www.laplageemrevista.ufscar.br/index.php/lpg/article/view/197/428>. Acesso em: 10 maio 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176514>. Acesso em abr 2019.

PEREIRA, Júnia Sales; MIRANDA, Sonia Regina. Laicização e Intolerância Religiosa: desafios para a História ensinada. **Educ. Real**, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362017000100099&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 11 maio 2020.~

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para descolonizar occidente: más allá del pensamiento abismal**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.) **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

TUTELA DOS DIREITOS SOCIAIS: OMISSÃO ESTATAL, MEDIDAS ESTRUTURANTES E GASTOS PÚBLICOS

*Raul Macêdo Costa**

RESUMO: O presente ensaio versa sobre a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, defendendo a função do Poder Judiciário em efetivar esses direitos em caso de omissão do poder público a partir das medidas estruturantes. Após demonstrar que a constituição federal assegura a efetivação e exigibilidade dos direitos fundamentais, este artigo defende a adoção das medidas estruturantes como meio de, progressiva e dialogicamente, efetivar os direitos mais desprezados na história do Brasil, os direitos fundamentais sociais. Trata-se de uma pesquisa que busca trazer novos debates e, à vista disso, esmiúça-se nas críticas à judicialização da política, ao passo que aborda questões fiscais e econômicas da realidade brasileira. O método utilizado é prioritariamente da pesquisa bibliográfica, trazendo pontos de vistas tanto favoráveis quanto contrários ao do Autor. Além disso, busca se comunicar com a realidade social, trazendo inúmeros dados e estatísticas, sem ignorar a jurisprudência nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Medidas Estruturantes; Gastos públicos.

ABSTRACT: The present essay addresses the enforceability of fundamental social rights, seeking to reinforce the role of the Judicial Power concerning the safeguard of the aforesaid rights, in the event of omission by the public authorities, through the employment of structured measures. Subsequently to demonstrating that the Federal Constitution ensures the observance of the effectiveness and enforceability of fundamental rights, this essay will uphold the adoption of structured measures, in order to, progressively and dialogically, actualize the most neglected rights in the history of Brazil, the fundamental social rights. This research seeks to inspire new discussions, and on account of this, it analyses in detail the criticisms to the judicialization of politics, while approaching the fiscal and economic issues intrinsic to the social reality in Brazil. The methodology used to develop this paper was, primarily, bibliographic research, demonstrating different points of view, both favorable and contrary to that of the Author. In addition, numerous data and statistics were used, in order to provide a more truthful perspective of Brazil's social reality, as well as the national jurisprudence.

KEYWORDS: Fundamental rights; Structuring Measures; Government spending.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Limites à exigibilidade dos direitos fundamentais: Os processos estruturantes como melhor resposta; 3. Separação de poderes e representação democrática; 4. Medidas estruturantes: alguns dos desafios fiscais e orçamentários presentes na realidade brasileira; 4.1. Entendimento das cortes Superiores – Recurso Especial nº 1.185.474 – SC e Recurso Extraordinário nº 592581/RS; 4.2. Alto endividamento e déficit público dos estados. 4.3. Alto

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, ingresso em 2016.1, turno diurno. Endereço eletrônico: Raulmcosta@outlook.com

endividamento e déficit público da União: Reserva do possível? 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

É interessante notar que os direitos humanos, defendidos arduamente pelos setores democráticos tanto da esquerda quanto da direita, se solidificaram como bastião reformista e transformador apenas após o fracasso de visões mais idealistas, como é o caso do socialismo (MYON, 2014, p. 61) (SANTOS, 1997, p. 11-12).

Nesse contexto, ao contrário de uma revolução, seus defensores, em geral, buscam reformas estruturais com a finalidade de efetivar certos direitos considerados basilares. O objetivo não é superar o Estado de Direito ou suprimir o regime capitalista, mas tão somente realizar determinadas mudanças estruturais.

Essa visão, no âmbito interno dos estados, se nota pela criação de uma constituição garantidora de inúmeros direitos, limitadora dos poderes estatais e dotada de considerável poder normativo.

O Brasil, é claro, não se afastou dessa nova realidade constitucional, uma vez que os direitos fundamentais, previstos na constituição federal de 1988, são bem mais do que letra morta ou mero conselho para os legisladores e gestores, representando, em verdade, as normas de maior valor no ordenamento jurídico brasileiro, o que demonstra o quão marcante e transformadora foi a constituição brasileira¹.

Ocorre que, por tratar-se de uma constituição analítica, dirigente, de natureza social, objetivando a promoção da transformação da realidade, é evidente que isso ensejou não só a constante judicialização da política², como também discussões profundas sobre a efetividade das normas fundamentais, em especial, dos direitos sociais, previstos essencialmente no artigo 6º da constituição federal³.

Entre as teorias formuladas, há ainda aquelas que defendem a inexistência de uma efetiva força normativa dos direitos sociais, pondo em xeque a capacidade do poder judiciário de garantir a efetividade desses direitos (GROSMAN, 2008, p. 17-18) e, com essa mentalidade,

¹ Entre tantos doutrinadores que defendem essa ideia, segue as palavras de Ingo Sarlet (2015, p. 70): “[...] a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumental que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional”..

² Fenômeno mundial que ganhou força após a 2ª guerra mundial, decorrente da nova realidade constitucional, ou seja, tanto da criação de Constituições analíticas, garantidora de inúmeros direitos fundamentais, quanto da criação de Tribunais Constitucionais, o que ensejou o surgimento de inúmeras demandas judiciais almejando a efetivação desses direitos. Dessa forma, a judicialização se visualiza quando uma decisão judicial se envolve em situações que competiriam, em tese, ao Legislativo ou Executivo decidirem.

³ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

contribuindo para a manutenção do *status quo*, qual seja: a existência de grave e progressiva desigualdade social e negação de direitos básicos.

Esse caminho, mais fácil e cômodo, sem dúvidas, não foi o seguido pelo constituinte, que fixou entre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem, a erradicação da pobreza e ainda a diminuição das desigualdades sociais. Deste modo, é completamente incompatível com a constituição cidadã qualquer teoria que não reconheça o caráter normativo dos direitos fundamentais sociais.

É mais que notório, todavia, que a realidade brasileira, 30 anos após a edição da constituição de 1988, está cada vez mais distante do que preceitua a lei fundamental (JOBIM, 2013, p. 172).

A título de informação, o Brasil tem 33 milhões de pessoas sem moradia (AUGUSTO, 2018), número que subiu desde a crise de 2015. E não é só, o número de crianças e jovens que têm seus direitos básicos negados é alarmante, segundo estudo da UNICEF, 60% das crianças e jovens brasileiros vivem em estado de pobreza, isto é, são privados de algum direito essencial (ONU BRASIL, 2018).

Essas flagrantes violações ao que determina a constituição federal, assim como muitas outras não citadas, acabam por descredibilizar não só a constituição, como também a própria democracia⁴.

Além disso, a adoção do neoliberalismo – e da austeridade - no Brasil e no mundo, com privatizações, redução significativa de impostos para os mais ricos, fragilização das relações trabalhistas, empobrecimento da classe média, vem apresentando seu efeito mais nefasto nas sociedades contemporâneas: enquanto exige maiores investimentos sociais por parte do Estado em razão do empobrecimento da população; a diminuição da arrecadação e o aumento vertiginoso do endividamento público impedem, em tese, que o Estado concretize os direitos fundamentais satisfatoriamente.

É como se não houvesse alternativa para os estados: ou ocorre a diminuição dos direitos ou o país irá à falência, conforme afirmou o atual presidente da república em diversas entrevistas (FOLHA DE S. PAULO, 2019), e foi tão arduamente repetido pela ex-primeira-ministra britânica Margaret Thatcher que até ganhou o acrônimo de TINA, “there is no alternative”.

⁴ Essa “demonização” já vem sendo alertada por inúmeros juristas, como o caso de Samuel Myon (2018), que reforça e demonstra os perigos de ignorar ou rejeitar a defesa das pautas econômicas e sociais. Não é de se surpreender, destarte, a força cada vez maior de movimentos reacionários, que com suas afirmações simplistas, conseguem aliciar parte relevante da população, debilitando o Estado de Direito. Inclusive, Yascha Mounk (2019, edição kindle, parte 1, capítulo 3) apresenta uma pesquisa em sua mais recente obra na qual os norte-americanos são perguntados se consideram essencial viver em uma democracia. Na pesquisa fica evidente que os que consideram importante viver em uma democracia diminui a cada década de nascimento. Enquanto 70% dos que nasceram na década de 30 consideram essencial, apenas 29% dos que nasceram na década de 80 consideram isso. Embora isso seja desencadeado por muitos fatores, é certo que o aumento da desigualdade, o enfraquecimento do bem-estar social e a redução dos direitos trabalhistas são aspectos que não podem ser ignorados.

Ocorre que, em diversos momentos, tais medidas de austeridade – assim como a omissão em garantir os direitos sociais - vão de encontro às normas esculpidas na constituição federal, o que traz discussões sobre a força normativa da lei fundamental, pois se a constituição não recomenda, e sim impõe programas, objetivos e deveres ao poder público, como coibir tais violações?

Certamente tal enfrentamento deve partir prioritariamente do ativismo social e do ambiente legislativo, mas quando ausentes ou inexpressivas tais forças, o Poder Judiciário não pode adotar um papel conivente e permitir as reiteradas violações ao que estabelece a constituição.

Assim, o que se defende no presente artigo é uma atitude mais proativa do Poder Judiciário, mas não um ativismo “super-herói” ou ilimitado, e sim uma atitude contramajoritária para se efetivar as normas fundamentais sem desconsiderar o necessário diálogo com os outros poderes e com toda a sociedade.

Nesse sentido, é evidente que o Poder Judiciário não pode impor ou exigir a efetivação dos direitos fundamentais sem a devida consideração aos gastos públicos: nem uma atitude submissa às decisões orçamentárias do poder público, nem a desconsideração ao fato de que o dinheiro é um recurso escasso.

No momento atual – agravado pela pandemia do novo Coronavírus -, os estados e municípios brasileiros estão em situações financeiras delicadíssimas, ao passo que efetivar satisfatoriamente os direitos fundamentais exige o devido enfrentamento aos motivos determinantes que levaram ao endividamento público e à diminuição da arrecadação dos entes estatais⁵.

Ou seja, para uma concretização realmente satisfatória dos direitos fundamentais não basta adotar o posicionamento de que determinado direito fundamental deve ser garantido e impor tal efetivação ao poder público, é preciso trabalhar com a realidade de que os recursos públicos atuais são insuficientes para efetivar todos os direitos fundamentais, e buscar formas de superar progressivamente essa realidade, o que também pode ser feito a partir do Poder Judiciário.

Um passo importante, sem dúvidas, foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 655) ajuizada pela FENAFISCO com o objetivo de combater a regressividade do sistema tributário brasileiro, Ação que revela que o Judiciário também dispõe de instrumentos e caminhos para enfrentar as diversas inconstitucionalidades estruturais.

Afirma-se, desde já, que a tese defendida por esse trabalho envolve a adoção das medidas estruturantes pelo Poder Judiciário, instrumento trazido à tona pelo norte-americano Owen Fiss.

⁵ Focar-se apenas na questão da efetivação dos direitos sociais sem tocar na questão orçamentária é permitir que o debate fiscal seja conduzido pelos críticos ao Estado de bem-estar social.

Fiss (2004) afirma que a *structural reform* é uma das formas de o Judiciário dar significado aos valores públicos, isto é, resolver os conflitos, mas ao revés do modelo tradicional de resolução de demandas que busca a mera reparação por um dano ocasionado, na medida estruturante o Magistrado deve buscar reestruturar a organização da burocracia estatal para eliminar o dano ou ameaça aos direitos e valores presentes em uma sociedade⁶.

Ressalta-se que será demonstrado ao longo do artigo o motivo da preferência pela aplicação das medidas estruturantes no Brasil ao se analisar outras teses sobre a exigibilidade dos direitos sociais, fazendo o necessário cotejo analítico com o entendimento dos tribunais superiores e a realidade fiscal e econômica do Estado brasileiro.

2 LIMITES À EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS PROCESSOS ESTRUTURANTES COMO MELHOR RESPOSTA

Parcela da doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em direitos de defesa, que seriam os direitos civis e políticos, impondo uma abstenção do Estado, e direitos positivos, que seriam os direitos sociais, nos quais é necessária uma atitude promocional do ente estatal, como educação e saúde (FERNÁNDEZ, 2010, p. 33).

Assim, na visão tradicional, as liberdades e garantias individuais, como impõem uma abstenção do Estado, são plenamente justificáveis quando ocorrem violações.

Já no caso dos direitos sociais, pela necessidade de gastos públicos e as formas teoricamente variadas de efetivar esses direitos, há vozes que afirmam no sentido da impossibilidade de judicialização, permitindo à burocracia estatal transformar a obrigação constitucional de se efetivar a dignidade de parcela significativa da população em mera discricionariedade, algo muito criticado por Ferrajoli (2011, edição kindle, parte 1, capítulo 5).

É essencial esclarecer que todos os direitos impõem gastos, essa distinção, então, mostra-se falha, pois praticamente todo direito impõe obrigações positivas por parte do Estado (HOLMES; SUSTEIN, 2000, edição Kindle, capítulo um).

Para entender isso basta pensar no acesso à justiça: apenas a existência do tribunal impõe um custo considerável para o erário. O orçamento do Tribunal de Justiça baiano, por exemplo, foi alçado em mais de dois bilhões de reais no ano de 2018⁷.

Percebe-se, de pronto, que essa divisão em direitos prestacionais, que seriam os direitos sociais, e não prestacionais, os direitos civis e políticos, decorre mais de um preconceito ou simplismo do que das circunstâncias fáticas. Nesse sentido, relevante a contribuição de Victor Abramovich (2005, p. 192):

⁶ Nessa obra, Owen Fiss explica, em sua visão, o que seriam as *structural reform*, de modo que as nomenclaturas por nós utilizadas são medida estruturante ou processo estruturante.

⁷ **Lei 13.833/2018 BA.** A Lei Orçamentária Anual do estado da Bahia fixou os gastos para o TJ-BA em 2.478.673.000 bilhões de reais.

Dada a interdependência dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, em muitos casos as violações dos primeiros afetam também os segundos, e vice-versa. A contundente diferenciação entre ambas as categorias costuma desvanecer quando se procura identificar a violação dos direitos em casos concretos.

Portanto, é impositiva a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais sociais, havendo, inclusive, uma considerável identidade entre os diversos direitos.

Mostra-se imprescindível, contudo, definir qual é esse grau de justiciabilidade, uma vez que ao contrário das situações que impõem mera abstenção ou nos casos em que a solução já vem prescrita no ordenamento, algo é inegável: no caso dos direitos classificados como sociais a situação é seguramente mais complexa.

O ex-ministro do STF, Eros Grau, por exemplo, já defendeu o entendimento de que os direitos sociais, em face da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, também são direito público subjetivo, isto é, toda pessoa tem o direito de cobrar do Estado a fruição individual dos direitos sociais e econômicos (GRAU, 1997, 294 e ss.).

Embora esse entendimento encante, é indubitoso que em nosso país isso é algo inaplicável; o número de violações é tamanha que não há condições fáticas e jurídicas para sua aplicação em relação a todos os direitos sociais, além de representar um alto risco orçamentário, vez que é indubitoso que a baixa carga tributária brasileira para os mais ricos – incluindo isenções, perdões de dívidas e a conivência com a sonegação de diversas figuras influentes – obsta a implantação de um verdadeiro Estado do bem-estar social no momento (FAGNANI; ROSSI, p. 157-158).

Ademais, deve ser respeitado o papel primordial da burocracia estatal na promoção dessas prestações, na medida em que é o poder público o responsável pela formulação e gestão do orçamento.

Embora entendemos ser possível a intervenção do Poder Judiciário no orçamento e nas políticas públicas (ou na falta delas), é certo que isso não pode ser feito de forma radical e temerária.

E daí decorre a importância das medidas estruturantes nos casos de omissão, prestação insuficiente ou má qualidade na efetivação dos direitos fundamentais, um modelo dialógico que prega um ativismo judiciário equilibrado, buscando a promoção progressiva dos direitos fundamentais.

As medidas estruturantes caracterizam-se por uma intervenção judicial na burocracia estatal ou até mesmo em organizações privadas, visando não à mera reparação pelo dano sofrido⁸ por um grupo de indivíduos, o que seria algo relativamente simples e potencialmente ineficaz, mas sim a reestruturação dessa entidade do poder público para que a solução

⁸ Importante lembrar que tanto a comissão, quanto a omissão é capaz de causar danos. Como já se afirmou ao longo do presente artigo, consideramos as omissões do Poder Público, em geral, algo mais gravoso para a população brasileira quando se trata de direitos sociais.

encontrada corrija a inconstitucionalidade ou ilegalidade causadora de determinado litígio (VITORELLI, 2018, p. 8)⁹.

Busca, assim, cessar o comportamento ou omissão que suscitou determinado litígio, remodelando a instituição que originou o conflito. O processo estruturante não é pensado para reparar os erros do passado, mas sim para melhorar o presente e o futuro.

Ressalta-se, ainda, que os litígios estruturantes fogem da visão tradicional das demandas, pois se tratam de litígios irradiados, com soluções e discussões consideravelmente complexas, sendo compostas de diversas possibilidades e considerações políticas e econômicas, o que os afasta do binômio ilícito-lícito (VITORELLI, 2018, p. 3-4).

Entendemos, portanto, que não vem se mostrando efetiva no Brasil a judicialização singular baseada na ideia de que todos os direitos sociais são direitos públicos subjetivos¹⁰.

Na verdade, essas demandas judiciais terminam por favorecer os argumentos que são antagônicos a judicialização, uma vez que ao contrário de mais investimento por parte do poder público, o que muitas vezes ocorre é o judiciário escolher quem será agraciado com determinado direito.

Foi possível visualizar isso, por exemplo, na difusão considerável de ações individuais postulando vagas para crianças em creches de São Paulo. Ao contrário do aumento de vagas, o que sucedeu foi a total desconsideração do critério administrativo que ditava as prioridades de forma objetiva, e prevalecendo, assim, uma lógica injusta de que quem demandasse em juízo primeiro teria a vaga na creche, algo que até tem aparência de êxito, mas não soluciona o problema (VITORELLI, 2018, p. 8-10)¹¹.

Em vista de tudo isso, concluímos serem os processos estruturantes mais aptos para a transformação da realidade social, uma vez que objetiva a reestruturação do poder público, buscando “concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (DIDIER; ZANETE; DE OLIVEIRA, 2017, p. 355).

No caso da referida ADPF 655 ajuizada pela FENAFISCO, por exemplo, caso aplique as medidas estruturantes, o Judiciário tem a chance de se debruçar em inconstitucionalidades estruturais referentes ao sistema tributário, havendo o potencial de amplificar a arrecadação estatal e viabilizar, mesmo que indiretamente, uma maior efetivação dos direitos fundamentais sociais.

⁹ Ressalta-se que apesar de o Autor considerar as medidas estruturantes diferentes do processo civil de interesse público pelo fato de este não implicar, fatalmente, a reestruturação de uma organização. Consideramos, entretanto, que no momento em que o poder público é obrigado a garantir efetiva e progressivamente os direitos sociais, é inevitável que ocorra a reestruturação desse ente ou poder estatal.

¹⁰ Muito menos a ideia de que não são justiciáveis. Deve-se procurar um meio termo capaz de garantir a efetivação progressiva dos direitos fundamentais.

¹¹ Na ação civil pública tombada sob o número 0150735-64.2008.8.260002, proposta no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo por associações da sociedade civil, foi alcançado, de forma negociada, o compromisso do Município de São Paulo de criar, no mínimo, 85.500 novas vagas em creche até 2020, demonstrando um *case* de sucesso das medidas estruturantes em garantir determinada política pública e um direito básico das crianças que necessitavam dessas vagas.

Aliás, há vozes relevantes que afirmam que a melhor forma de o Supremo Tribunal Federal aplicar as medidas estruturantes é a partir da arguição de descumprimento de preceito fundamental (JOBIM, 2013, p. 30). Isso porque, trata-se de um remédio eficaz na intervenção e reestruturação de certas ordenações do poder público, adequando-as e eliminando aquilo que é contrário ao que está posto na constituição.

É certo, todavia, que por pregar um ativismo judicial, mesmo que moderado e dialógico, muito se fala sobre a possibilidade dos tribunais brasileiros tratarem de tais situações complexas a partir das medidas estruturantes, pois há quem diga que a suposta indefinição do conteúdo dos direitos sociais torna esse tema eminentemente político¹², bem como que decisões “estruturantes” tendem a violar o princípio democrático e a separação de poderes.

3 SEPARAÇÃO DE PODERES E REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Os críticos às medidas estruturantes contestam a legitimidade do poder judiciário de intervir em outros entes estatais, acusando-o de atuar, em suma, onde não deveria. Essa crítica, sem dúvidas, é uma dentre as mais relevantes e precisa ser refletida, pois o Judiciário não pode ter a liberdade de agir sem limites (o que é diferente de não se manter omissos quando ocorrem violações aos direitos fundamentais).

Decerto, o papel prioritário na efetivação das políticas públicas, na gestão orçamentária e na escolha de organização dos entes, órgãos e instituições dos poderes legislativo e executivo é desses próprios entes, de modo que o Poder Judiciário só deve agir nas ocasiões em que houver violação ou ameaça a norma fundamental.

Ou seja, a atuação do Poder Judiciário deve acontecer quando a burocracia estatal se nega ou se omite em efetivar os direitos fundamentais ou mesmo os viola de forma comissiva.

De todo modo, seria radiante se a burocracia estatal atuasse de forma mais ativa na progressiva diminuição da extrema pobreza e da desigualdade que se encontra em nosso país, efetivando os direitos fundamentais da população, mas como isso não vem ocorrendo (OXFAM, 2017)¹³, se mostram imprescindíveis às medidas estruturantes.

Assim, defende-se que o Poder Judiciário precisa honrar seu dever e não se eximir de atuar como guardião da constituição federal, como preceitua o próprio texto da lei fundamental.

Em que pese o princípio da separação de poderes, entende-se que uma atuação ponderada e dialógica não ofende essa importante norma, vez que impõe a construção de um

¹² Embora haja quem defenda essa impossibilidade de judicialização em razão da suposta indefinição do conteúdo com respeitáveis argumentos (LEITE, 2018, p. 333-335), entendo que não merece retoques o entendimento trazido pelo Doutor Miguel Calmon Dantas (2011, p. 276), ao afirmar e demonstrar que a mera indeterminabilidade não é empecilho para a judicialização desses direitos.

¹³ Esse respeitado relatório, publicado em 25 de setembro de 2017, traz a infeliz constatação de que a desigualdade vem aumentando no Brasil desde 2016, apontando, ainda, que o Brasil é 9º mais desigual do mundo e o 3º mais desigual da América Latina e Caribe. Além disso, afirma que é o país do mundo que mais concentra renda na parcela 1% mais rica.

caminho que possibilita a efetivação progressiva dos direitos fundamentais sem desconsiderar o papel precípua dos outros poderes.

O Poder Judiciário logicamente integra e participa ativamente do Estado Democrático de Direito e também tem um importante papel a cumprir, de modo que impor ao poder público que efetive os direitos fundamentais não representa violação ao princípio democrático nem a separação de poderes; em verdade, favorece o diálogo e fortalece a constituição.

Inclusive, com a finalidade de incentivar a cooperação entre os poderes e a resolução adequada da questão posta, o judiciário deve privilegiar sempre a busca de um negócio jurídico processual para adaptar o procedimento a situação complexa posta, e também acordos no viés material, ou seja, um acordo entre o Estado¹⁴ e os legitimados presentes na lide, resolvendo e conduzindo o litígio de forma negociada; isso tanto na fase de conhecimento, quanto durante a execução (FISS, 2004, p. 124-128)¹⁵.

Essa busca de uma transação e de negócios jurídicos processuais diminuem consideravelmente a animosidade entre os poderes e as partes, permite um resultado mais célere, e, quando ocorre, traz uma decisão que fortalece a constituição e colabora para a concretização de direitos fundamentais. Nesse sentido, afirmam Marco Antônio e Rodrigo Gismondi ao tratar dos negócios jurídicos processuais (2017, p. 159):

Diante da complexidade das situações jurídicas enfrentadas na tarefa, há determinados negócios jurídicos processuais que têm se mostrado extremamente úteis à eficiência processual em demandas de interesse público, facilitando o processo de superação da crise fático-jurídica existente e o alcance de melhores resultados práticos.

Entendemos, além disso, que a execução forçada é a *ultima ratio*, pois o acordo facilita o diálogo, a solução do litígio e apresenta ainda mais respeito ao princípio da separação de poderes (RODRIGUES; GISMONDI, 2017, p.161).

Ressalta-se, contudo, que se não ocorrer um acordo entre as partes – não é incomum o poder público evitar qualquer tipo de colaboração - e houver possibilidades fáticas e jurídicas, o Poder Judiciário não deve se abster de uma atuação ativa.

Outro aspecto democrático e inclusivo que deve ser adotado pelo Judiciário é a realização de audiências públicas com especialistas e comunidades afetadas, pois democratiza o espaço, traz inúmeras visões sobre o litígio, bem como permite uma maior aproximação do processo com os verdadeiros afetados, o que muitas vezes sequer se verifica no processo legislativo¹⁶.

¹⁴ Não custa apontar que as medidas estruturantes também são aplicáveis em situações que o dano foi causado por entes privados: basta lembrar do trágico caso da barragem de brumadinho.

¹⁵ Visão da qual diverge Owen Fiss ao apontar que a desigualdade entre as partes contamina o processo de negociação e impede a realização da justiça.

¹⁶ Basta lembrar que a reforma do Ensino Médio, realizada a partir da medida provisória Nº 748/2016, sancionada em fevereiro de 2017 pelo ex-presidente Michel Temer foi realizada sem qualquer debate não só com a população, como também com a maior parte do corpo técnico estatal especializado na área. Reforça isso, o fato de que houve parecer de Ricardo Janot, à época, Procurador Geral da República, a favor da declaração de inconstitucionalidade da reforma, pois considerou que a medida provisória não é o instrumento correto para se realizar uma reforma

Destarte, é possível resumir um processo estruturante dialógico e ponderado como o que respeita o papel prioritário da burocracia estatal na efetivação dos direitos fundamentais, busca que os envolvidos resolvam o litígio consensualmente – sem abdicar da necessidade de efetivação dos direitos - e, por fim, tenta alargar ao máximo o número de interessados que participam e opinam no litígio, seja por meio de audiências públicas (JOBIM, 2013, p. 131-134), seja por meio de ações dando maior publicidade ao processo (JOBIM, 2013, p. 142-144).

Os juristas que discordam do ativismo judicial apontam que ele termina por concretizar uma espécie de supremacia judicial, em que o Judiciário se sobrepõe aos outros poderes, e fica com a “última palavra” sobre diversas questões de interesse da sociedade.

Afirmam, ainda, deve ser valorizada a “dignidade” da legislação, ao passo que “excluir” dos debates parlamentares várias questões controversas representa algo elitista e antidemocrático.

Nessa perspectiva de valorização do legislativo, vale trazer as palavras de Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 179) ao tratar das ideias de Jeremy Waldron:

Assim, excluir da deliberação parlamentar as questões que envolvem esses desacordos sobre direitos apenas revela uma atitude elitista e antidemocrática, na medida em que impede a participação ampla da população no debate, por meio de seus representantes eleitos.

Entendemos, contudo, que é esse tipo de pensamento que cerceia tanto minorias quanto maiorias desmobilizadas e excluídas. O judiciário não deve intervir, é assunto de política, eles afirmam, enquanto isso os problemas sociais aumentam e nada pode ser feito, pois foi a “vontade popular”¹⁷.

Para se entender a magnitude do problema da representatividade, apesar de o Brasil ter 33 milhões de pessoas sem moradia, como já citado no início do trabalho, não há um representante sequer de movimentos sem teto no Congresso Nacional.

dessa magnitude, assim como a demissão do presidente da Comissão Bicameral do Conselho Nacional de Educação sobre a Base Nacional Curricular Comum (BNCC), César Callegari, inconformado com a reforma unilateral realizada por Temer.

¹⁷ Ocorre que a própria democracia se tornou, em muitos países, antidemocrática. Uma atuação mais ativa do Poder Judiciário é um caminho, muitas vezes, em prol da conservação do Estado Democrático de Direito. Pesquisa recente realizada por Martin Gilens e Benjamin Page, trazida por Yascha Mounk (2019, edição kindle, parte 1, capítulo 2), investigou quais os grupos têm mais influência em 1779 questões de políticas públicas em um intervalo de vinte anos nos Estados Unidos. O resultado é que a opinião do cidadão médio exerce um resultado estatisticamente desprezível nas políticas públicas. As decisões são principalmente tomadas pelas posições das elites econômicas e grupos de interesse organizado, ou seja, a conclusão é que na suposta democracia mais sólida do mundo, a maioria não decide; Noam Chomsky, no mesmo sentido, afirma que a partir da década de 70, com o avanço neoliberal, os partidos democrata e republicano deram uma guinada à direita, enquanto este, para piorar, foi totalmente entregue aos ricos e às grandes corporações, se tornado uma “insurgência radical”, pois só assim consegue mobilizar parcelas do eleitorado, como supremacistas, classe média branca empobrecida, entre outras, ao passo que o partido democrata se tornou o que antes se entendia como “republicanos moderados”. (CHOMSKY, 2019, P. 287-288).

Enquanto isso, a bancada ruralista tem, na atual legislatura, 226 deputados federais e 27 senadores, ou seja, 42,59% dos congressistas, sem representar, quantitativamente, parcela minimamente relevante da população (CORREA, 2018).

Outrossim, a eleição no Brasil vem histórica e progressivamente sendo decidida pelo dinheiro, o que alimenta o aumento das desigualdades sociais e o corte de investimentos públicos para quem realmente necessita.

A OXFAM, em relatório recente, afirmou que em 2014 o Brasil elegeu o parlamento mais rico da sua história, quase metade dos parlamentares têm renda superior a um milhão de reais (OXFAM, 2017, p. 70).

Atualmente, 48,85% dos eleitos têm patrimônio milionário, número progressivo desde 2002 (REIS, 2014). Enquanto isso, metade dos trabalhadores e trabalhadoras brasileiras precisam sustentar suas famílias com menos do que um salário mínimo (SILVEIRA, 2017).

A disparidade é tamanha que o governador eleito do Distrito Federal pelo MDB, Ibaneis Rocha, que financiou sua própria campanha, reconheceu que a disputa no modelo atual é desigual (CARAM, 2018).

Essa realidade brasileira impõe uma atuação mais ativa por parte do Poder Judiciário, posto que os direitos fundamentais não são (ou não deveriam ser) concretizados apenas a partir da discricionariedade da burocracia estatal e seus agentes¹⁸.

As medidas estruturantes derivam de uma real necessidade do Brasil atual¹⁹, não representado, em hipótese alguma, se utilizada da maneira aqui proposta, ou seja, dialógica e moderada, uma atitude elitista e violadora da representação democrática, mas sim um importante instrumento de trazer ao debate os que não têm voz, oxigenando o debate nacional.

4 MEDIDAS ESTRUTURANTES: ALGUNS DOS DESAFIOS FISCAIS E ORÇAMENTÁRIOS PRESENTES NA REALIDADE BRASILEIRA

Apesar de defendermos a adoção das medidas estruturantes no Brasil, é certo que há alguns desafios a serem superados para a sua devida aplicação, entre eles, um dos mais delicados é a questão fiscal e orçamentária: a adoção das medidas estruturantes em regra exige gastos públicos e, no momento atual, o cenário passado ao povo brasileiro é de que a União, os estados e os municípios encontram-se endividados e com orçamentos comprometidos.

¹⁸ Gargarella (2017, p. 57) aponta que apesar de ter sido acrescido inúmeros direitos ao texto constitucional, os constituintes mais progressistas não foram capazes de alterar a organização do poder, ou seja, foram garantidos inúmeros direitos, mas não foi garantido a participação satisfatória do povo no processo decisório.

¹⁹ Nesse sentido, Malcolm Langford (2009, p. 117) cita uma pesquisa de Gauri e Brinks que ao analisarem a jurisprudência de cinco países, se impressionaram com a capacidade dos tribunais de não só evitar milhares de mortes, mas também melhorar a vida de muitas pessoas.

Evitar o tema “gastos públicos” é um erro comum de muitos doutrinadores que tratam da efetividade dos direitos fundamentais. Representa um equívoco, pois se trata de ignorar que a efetivação dos direitos fundamentais – e aplicação das medidas estruturantes – invariavelmente exige um dispêndio do Estado, e é certo que há uma ausência de fundos suficientes para efetivar satisfatoriamente todos os direitos fundamentais sociais esculpidos na constituição nesse momento.

Frise-se, contudo, que se trata de um quadro reversível e a maior efetivação dos direitos fundamentais pode e deve ser construída progressivamente.

Para tanto, importante que se analise criticamente o entendimento das Cortes superiores e a situação fiscal dos estados brasileiros e da União.

4.1 Entendimento das cortes superiores – Recurso Especial nº 1.185.474 – SC e Recurso Extraordinário nº 592581/RS

Na última década foi possível visualizar um posicionamento bem proativo do Poder Judiciário em diversos momentos.

No julgamento do Recurso Extraordinário 592581/RS em 2015, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, adotou-se a tese de que é possível (e lícito) que se imponha ao poder público a obrigação de fazer “consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais”, de modo que nem “o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação de poderes” são aptos a evitar a imposição dessa obrigação.

Ou seja, a Suprema Corte consignou que a suposta insuficiência de fundos não é argumento apto a afastar a obrigação constitucional de se efetivar determinado direito fundamental.

No caso em questão, foi interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça que embora admitisse a situação de precariedade e violadora de direitos fundamentais em que se encontravam os estabelecimentos prisionais, concluiu “não competir ao Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida e invasão de campo decisório reservado à Administração Pública”.

Divergindo dessa posição, o Supremo Tribunal Federal, no voto de lavra do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, pontuou que “em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao judiciário implementar políticas públicas de forma ampla”, mas lhe incumbe “exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessário resistência” a modelos e opções políticas de momento “flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana”.

Trata-se de uma decisão paradigma, pois demonstra que há sim espaço e viabilidade jurídica para um ativismo judiciário progressivo e a consequente aplicação das medidas estruturantes no Brasil, embora uma consideração mais enfática em relação aos gastos públicos pudesse trazer ainda mais brilhantismo à decisão do Supremo, que afirmou, apenas, que foram gastos poucos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), assim como a ausência de fundos não é argumento capaz de infirmar a obrigação de efetivar os direitos fundamentais.

Noutro giro, foi possível vislumbrar um entendimento um pouco mais deferente às instituições políticas por parte do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do julgamento do Resp 1.185.474 – SC, de relatoria do Ministro Humberto Dantas.

A Corte Cidadã até estabeleceu que “a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da política”.

Todavia, firmou também que quando demonstrada a real insuficiência de recursos, não há como impor a obrigação, vez que “Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim de uma real insuficiência orçamentária”, mesmo porque “a tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est)”.

No referido caso, trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Criciúma em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que determinou que o Município garantisse vaga em creches para todas as crianças de zero a seis anos de idade.

Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha dado desprovimento ao recurso interposto, com os fundamentos de que a efetivação dos direitos fundamentais não decorre de um juízo discricionário dos gestores, bem como se deve privilegiar o direito fundamental – e infraconstitucional – das crianças à creche e pré-escola, salientou que em situações em que há escassez de recursos a obrigação não pode ser exigida.

Trata-se de entendimento que vem se solidificando no âmbito dos tribunais, e que representa um risco para a efetivação dos direitos fundamentais, pois conforme será abordado nos tópicos posteriores, a tendência na realidade brasileira é a ausência de recursos livres a serem manejados.

Assim, embora não deva ser desconsiderado o fato de que concretizar direitos fundamentais exigem dispêndio de verbas públicas, os próprios tribunais precisam viabilizar, juntamente com a administração pública, alternativas para fazer frente à ausência de recursos públicos, inclusive com medidas estruturantes mais profundas que permitam uma maior arrecadação pelo ente estatal ou diminuição de gastos supérfluos.

Vale pontuar, contudo, que embora medidas estruturantes sejam uma forma de ativismo judicial, são questões que não se confundem. Quando, por exemplo, o Supremo afirma que o Poder Judiciário pode impor ao ente público que faça reformas no sistema prisional, ou mesmo declare inconstitucional a situação do sistema prisional no Brasil (ADPF 347), mas sem buscar

efetivamente uma reestruturação ou intervenção em tal sistema, já é possível identificar que não se trata de uma medida estruturante.

Por outro lado, se houvesse uma determinação – acompanhada de fiscalização continuada – no sentido de que as verbas referentes ao sistema prisional deveriam ser gastas para a finalidade proposta, e ainda impor um prazo para que as unidades federativas, em conjunto com a União, agissem para alterar essa realidade - ou mesmo outorgar um plano a ser seguido -, já seria possível notar uma aplicação das medidas estruturantes.

Tal esclarecimento é importante, pois as decisões estruturantes são capazes de escapar do “lugar comum” ou da lógica tradicional de conflito, visando afastar práticas reiteradas contrárias à constituição, o que muitas vezes não se verifica no ativismo judiciário propriamente dito, que pode, aliás, se apresentar até mesmo contrário aos preceitos fundamentais.

4.2 Alto endividamento e déficit público dos estados

Embora não devamos nos ater a ultrapassada dicotomia que divide os direitos em prestacionais e não prestacionais, como já afirmado ao longo do texto, algo é inequívoco: os direitos sociais, em geral, exigem uma atuação mais ativa do Estado²⁰, fato que aumenta despesas e impõem custos, o que embora não seja impeditivo para sua efetivação progressiva, não pode ser ignorado pelo Judiciário.

Com efeito, a diminuição na arrecadação de impostos, que é a principal forma de receita do Estado brasileiro, assim como o alto dispêndio com pessoal, que se trata do gasto mais relevante dos chamados “gastos obrigatórios”, são questões que vem onerando cada vez mais as unidades federativas brasileiras, o que, aliado a outros fatores, acarreta um nível de endividamento alarmante em alguns estados^{21 22}.

Para se compreender melhor a dimensão do problema, alguns estados brasileiros têm quase 80% do seu orçamento comprometido com custeio de pessoal ativo, inativo e pensionistas, como Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, além disso, a dívida de vários estados ultrapassa 100% da sua receita, o que já demonstra o nível de instabilidade econômica.

Ressalta-se que, em média, o gasto com pessoal chega a 57,2% da RCL²³ dos entes da federação, número expressivo.

²⁰ É patente que também podem se vislumbrar violações aos direitos sociais em atos comissivos, e mesmo em leis e atos normativos estatais. Todavia, estamos nos atendo aqui, principalmente, aos casos de omissão estatal na efetivação desses direitos.

²¹ Segundo estudo feito pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Aplicada) (2018), a dívida dos estados chegou a 790 bilhões de reais ao final de 2017 (terminou 2018 com um valor maior que R\$ 900 bilhões), sendo que apenas São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul são responsáveis por 75% dessa dívida. Pesquisa mostra que dívidas estaduais fecharam 2017 em R\$ 790 bilhões, (VERDELIO, 2018).

²² Estudo realizado pela FIRJAN (2017) em abril de 2017 demonstra a grave crise fiscal que se encontram alguns estados brasileiros.

²³ Receita Corrente Líquida (RCL) é o somatório das receitas anuais, deduzidos alguns itens.

Portanto, a crise fiscal de alguns estados brasileiros constitui um grande desafio a investimentos satisfatórios em direitos sociais, representando uma questão de intrincada solução no âmbito do Poder Judiciário, pois a falta de recursos não pode ser desconsiderada.

Em verdade, uma intervenção muito custosa pode até mesmo ser um “tiro no pé”, na medida em que pode acentuar a difícil situação de alguns estados, vez que, como é sabido, os recursos financeiros são finitos e limitados, o que enfatiza ainda mais a importância de se ater à realidade econômica, e de o Judiciário – juntamente com toda a sociedade – buscarem construir alternativas ao ideário neoliberal.

4.3 Alto endividamento e déficit público da União: reserva do possível?

Não obstante a União também esteja altamente endividada²⁴, além de conter relevante déficit público²⁵, sua situação discrepa da conjuntura dos estados e municípios e, diante disso, deve ser abordada de forma diversa.

Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em paradigmático caso sobre a reserva do possível, nas situações de real insuficiência de recursos por parte do ente estatal, e desde que devidamente comprovado, não pode o Poder Judiciário intervir no ente estatal para efetivar determinado direito social²⁶.

Em que pese esse posicionamento, já abordado em tópico próprio, mostra-se imprescindível analisar de forma mais profunda a questão financeira da União.

No ano de 2017, o Brasil deixou de arrecadar 354,7 bilhões com isenções de impostos, sendo que em quase metade não houve qualquer fiscalização (MAXIMO, 2018). Vale pontuar que desse valor, 25 bilhões foram para o Banco ITAÚ, instituição financeira que mais lucra no país (PODER 360, 2017).

Além disso, há as polêmicas renúncias fiscais referentes à venda de poços do pré-sal a petroleiras estrangeiras (Shell, Exxon, Repsol, BP, Total, Statoil) em valor que pode chegar a 40 bilhões anuais, ou mesmo um trilhão de reais em 25 anos, arrecadação que a União renunciou discricionariamente (GÓIS, 2017).

Não suficiente, o valor sonogado no país, ressalta-se, em sua maioria de grandes empresários e pessoas jurídicas robustas, ultrapassa o valor de 500 bilhões de reais por ano²⁷.

²⁴ Dívida pública do Brasil pode chegar a 100% do PIB segundo estudo feito pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) em 2018. (CARAZZAI, 2018).

²⁵ O Brasil terminou 2018 com déficit fiscal de R\$ 108 bilhões em 2018 (MARTELLO, 2019), ao passo que diante da pandemia do coronavírus é esperado que a dívida pública alcance o valor de 98,2% do PIB (DIAS, 2020).

²⁶ Recurso Especial Nº 1.185.474-SC (2010/0048628-4), de relatoria do Ministro Humberto Martins.

²⁷ No ano de 2020, a sonogação já ultrapassou os 250 bilhões de reais.

Disponível em:

<http://www.quantocustaobrasil.com.br/>

Não é por outro motivo que Jessé Souza, entre outros (OXFAM, 2017, p. 44 e ss), afirmam que o Brasil é o paraíso dos ricos, ao concluir que só quem arca com os tributos brasileiros são as classes menos abastadas.

Para Jessé, esse fato, aliado a suspeita dívida pública²⁸, representam, de fato, a verdadeira corrupção do Brasil (SOUZA, 2017, p. 223 e ss.), o que pode acarretar importante debate no âmbito da judicialização de direitos sociais, uma vez que são montantes anuais consideráveis que o Estado brasileiro “abre mão”.

Todas essas informações foram trazidas ao presente artigo em razão de que elas atestam que a grave crise fiscal, ao menos no âmbito da União, que concentra uma fatia considerável das receitas tributárias²⁹, foi derivada de uma escolha.

É preciso refletir se essa opção do legislador brasileiro não permite a descaracterização da falta de verbas em um futuro litígio tratando da reestruturação de entes estatais e concretização de políticas públicas, bem como se o próprio Judiciário não pode conduzir reformas ou vedar determinados atos administrativos ou mesmo leis que beneficiem, injustificadamente, determinados grupos empresariais.

Dessa forma, surgem importantes questionamentos sobre as medidas estruturantes na realidade jurídica brasileira e suas consequências: será que uma maior aplicação das medidas estruturantes traria mudanças na política fiscal atualmente adotada pelo Estado ou teria o agravamento do desequilíbrio fiscal?

Do mesmo modo, questiona-se, o Poder Judiciário teria força e disposição para impor reformas profundas na sociedade, como uma reforça tributária?

Ademais, será que haveria alguma medida estruturante especificamente mais adequada ao problema dos direitos sociais na realidade brasileira?

Diante do levantamento desses questionamentos urge a necessidade de amadurecimento do tema, visto que não foi possível abarcar neste trabalho todas as facetas que envolvem as medidas estruturantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁸ Para mais informações, recomendamos: <https://auditoriacidada.org.br/>

²⁹ Desconsiderando as transferências de receitas tributárias ulteriores, a União isoladamente fica com 60% do total arrecado (LEITE, 2018, p. 325).

Ante tudo que foi exposto, entendemos que a efetividade e exigibilidade dos direitos sociais se mostram uma realidade inevitável em um Estado verdadeiramente democrático, como preceitua a constituição federal e assente parcela considerável da doutrina.

Entretanto, a forma e os limites dessa judicialização ainda são motivo de forte divergência.

Em que pese esse dissenso, concluímos, ao longo do artigo, que não há como ignorar ou não tutelar adequadamente os direitos sociais, pois essa tomada de posição “republicana”, privilegiando demais as posições das maiorias legislativas, tem consequências nefastas para o próprio Estado Democrático de Direito, visto que exime, na prática, o poder público de efetivar os imprescindíveis direitos sociais.

As medidas estruturantes tem o potencial de ser um excelente instrumento de reestruturação da burocracia estatal, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais de forma progressiva, e principalmente, de forma dialógica e moderada.

Percebe-se, no entanto, que a cultura jurídica brasileira tende a privilegiar as soluções mais simplistas, evitando, assim, processos estruturantes. Isso ocorre tanto devido à significativa complexidade que envolve esse instrumento, demandando forte comprometimento, algo que muitas vezes os magistrados não têm sequer tempo de dispor³⁰, quanto aos obstáculos sociais, jurídicos e econômicos.

Dessa maneira, fica claro que apesar de considerarmos as medidas estruturantes um mecanismo potencialmente poderoso na transformação da realidade, sem dúvidas, sua aplicação precisa ultrapassar alguns profundos desafios.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

6 em cada 10 crianças e adolescentes brasileiros vivem na pobreza. **ONU BRASIL**, Brasil, publicado em 14 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-6-em-cada-10-criancas-e-adolescentes-brasileiros-vivem-na-pobreza/>>. Acesso em 10 de nov. de 2018.

ABRAMOVICH, Victor. **SUR - Revista internacional de direitos humanos. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**, São Paulo, Ano 2, Número 2, 2005.

AUGUSTO, Otávio. 33 milhões de brasileiros não têm onde morar, aponta levantamento da ONU, **Correio Braziliense**. Brasil, 03 de maio de 2018. Disponível em:

³⁰ Como é sabido, os Magistrados estão sujeitos a metas muitas vezes irrealistas, assim como são submetidos à intensa cobrança da corregedoria e do CNJ, fatos que demonstram uma priorização da quantidade de julgamentos e não da qualidade (VIOLIN, 2017, p. 349), o que nunca funcionaria em processos estruturantes, visto que demandam considerável comprometimento.

Há casos em que há juízes com 450 mil demandas para julgar. Segundo pesquisa realizada em 2014, enquanto o Brasil tem 8 juízes para cada 100 mil habitantes, Portugal tem 19 por 100 mil habitantes. Além disso, no Brasil os magistrados recebem, em média, 1375 novos casos por ano, mais que o dobro de países como Itália e Espanha. (BRETAS, 2016) (BRANCO, 2014).

<<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/05/03/interna-brasil,678056/deficit-de-moradias-no-brasil-chega-a-6-3-milhoes-sp-tem-a-maior-defa.shtml>>
Acesso em: 10 de nov. de 2018.

Após perdão de R\$ 25 bilhões, Itaú tem lucro 19,64% maior no 1º trimestre. **PODER 360**, 2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/economia/apos-perdao-de-r-25-bilhoes-itaú-tem-lucro-1964-maior-no-1o-trimestre/>>. Data de acesso: 20 de nov. de 2018

BRETAS, Valéria. Quanto tempo a Justiça do Brasil leva para julgar um processo? **EXAME**, Brasil, 01 de nov. de 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/quanto-tempo-a-justica-do-brasil-leva-para-julgar-um-processo/>>. Data de acesso: 05 de dez. de 2018.

BRANCO, José. O País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e assoberbados. **ESTADÃO**, Brasil, 09 de set. de 2014. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>>. Data de acesso: 05 de dez. de 2018.

CARAM, Bernardo. Após bancar própria campanha no DF, Ibaneis reconhece que disputa é desigual. **Folha de S.Paulo**. São Paulo, 22 de out. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/apos-bancar-propria-campanha-no-df-ibaneis-reconhece-que-disputa-e-desigual.shtml>> Data de acesso: 25 de out. de 2018.

CARAZZAI, Estelita Hass, Dívida pública do Brasil pode chegar a quase 100% do PIB, segundo FMI. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 18 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/divida-publica-do-brasil-pode-chegar-a-quase-100-do-pib-segundo-fmi.shtml>>. Data de acesso: 25 de out. de 2018.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora civilização brasileira, 2018.

CORRÊA, Carolina. Radiografia eleitoral da Bancada Ruralista, **ESTADÃO**, Brasil, 27 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/radiografia-eleitoral-da-bancada-ruralista/>>. Data de acesso: 05 de dez. de 2018.

CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?** Tradução de: Renato Marques. Editora Planeta do Brasil, São Paulo, 5ª edição, 2019

DANTAS, Miguel Calmon. **Direito fundamental ao máximo existencial**, Salvador, 2011.

DIAS, Marina. Dívida bruta do Brasil vai subir dez pontos e chegará a 98,2% do PIB com pandemia, diz FMI. **Folha de S. Paulo**, 15 de abr. de 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/divida-bruta-do-brasil-vai-subir-dez-pontos-e-chegara-a-982-do-pib-com-pandemia-diz-fmi.shtml>>. Data de acesso: 05 de maio de 2020.

DIDIER, Fredie Jr. ZANETE, Hermes Jr. e DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. In **Processos estruturantes**, org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim, Salvador, Editora Juspodivm, 2017.

FAGNANI, Eduardo e ROSSI, Pedro. **A reforma tributária necessária: diagnósticos e premissas**. Obra organizada por Eduardo Fagnani, Brasília, 2018. Disponível em: <http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2018/05/REFORMA-TRIBUTARIA-SOLIDARIA.pdf>

FERNÁNDEZ, Albert Noguera. **Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por Uma Teoria Dos Direitos E Dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre, editora Livraria do advogado, 2011.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução de: Daniel Porto Godinho e Melina de Medeiros Rós, Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

GARGARELLA, Roberto. **Transformação constitucional e democracia na América latina**. Obra coletiva organizada por Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer, São Paulo, FGV Direito SP, 2017.

GOIS, Fábio. Câmara aprova medida que concede isenção de impostos para petrolíferas estrangeiras. **Congresso em foco**, Brasil, 29 de nov. de 2017. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/camara-aprova-medida-que-concede-isencao-de-impostos-para-petroliferas-estrangeiras/>. Data de Acesso: 05 de dez. de 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo, Malheiros, 1997.

GROSMAN, Lucas S. **Escasez e Igualdad: los Derechos Sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova York, EUA. W. W. Norton & Company, 2000.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**, livraria do advogado, Porto Alegre, 2013.

LANGFORD, Malcolm. **SUR - Revista internacional de direitos humanos: Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica**, 2009, V. 6, Nº 11.

LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. 7ª edição, Salvador, Editora juspodivm, 2018.

MARTELLO, Alexandro, Contas do setor público registram rombo de R\$ 108 bilhões em 2018, **G1**, Brasília, 31 de jan. de 2019. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/31/contas-do-setor-publico-registram-rombo-de-r-108-bilhoes-em-2018.ghtml>>. Data de acesso: 15 de julho de 2019.

MÁXIMO, Welton, Brasil deixou de arrecadar R\$ 354,7 bi com renúncias fiscais em 2017, **Agência Brasil**, Brasília, 17 de jun. de 2018. Brasil deixou de arrecadar R\$ 354,7 bi com renúncias fiscais em 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/brasil-deixou-de-arrecadar-r-3547-bi-com-renuncias-fiscais-em-2017>>. Data de acesso: 25 de nov. de 2018

MOUNK. Yascha. **O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. Tradução de: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. Brasil, Companhia de Letras, 2019.

MYON, Samuel. **How the Human Rights Movement Failed**, publicado no jornal The New York Times, 23-04-2018.

MYON, Samuel. **SUR - Revista internacional de direitos humanos: O futuro dos direitos humanos**, 2014, V. 11, Nº 20.

OXFAM Brasil, **A distância que nos une: Um retrato das desigualdades brasileiras**, publicado em 25 de setembro de 2017, São Paulo.

Pesquisa mostra que dívidas estaduais fecharam 2017 em R\$ 790 bilhões, **IPEA**, 02 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33117:pesquisa-mostra-que-dividas-estaduais-fecharam-2017-em-r-790-bilhoes&catid=3:dimac&directory=1>. Data de acesso: 20 de nov. de 2018.

Publicações Sistema FIRJAN: Pesquisas e estudos socioeconômicos, Rio de Janeiro, 2017.

REIS, Thiago. Quase metade da nova Câmara dos Deputados será formada por milionários. **G1**, Brasil, 06 de out. de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/blog/eleicao-em-numeros/post/quase-metade-da-nova-camara-dos-deputados-sera-formada-por-milionarios.html>>. Data de acesso: 20 de nov. de 2018.

RODRIGUES, Marco e GISMONDI, Rodrigo. **Processos estruturantes: Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas**. Obra organizada por Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim, Salvador, Editora Juspodivm, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, Nº 48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 12ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

Se reforma da Previdência não for aprovada, o Brasil quebra, diz Bolsonaro ao SBT, **Folha de S. Paulo**, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/se-reforma->

da-previdencia-nao-for-aprovada-o-brasil-quebra-diz-bolsonaro-ao-sbt.shtml>. Data de acesso: 20 de jan. de 2020.

SILVEIRA, Daniel. Metade dos trabalhadores brasileiros têm renda menor que o salário mínimo, aponta IBGE, **G1**, Rio de Janeiro, 29 de nov. de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/metade-dos-trabalhadores-brasileiros-tem-renda-menor-que-o-salario-minimo-aponta-ibge.ghtml>>. Data de acesso: 23 de nov. de 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava jato**. 1ª edição, Rio de Janeiro, LEYA, 2017.

VERDÉLIO, Andréia, Dívida de estados e municípios com a União chega a R\$ 908 bilhões, **Agência Brasil**, Brasília, 06 de nov. de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-11/divida-de-estados-e-municipios-com-uniao-chega-r-908-bilhoes>>. Data de acesso: 05 de dez. de 2018

VICTOR, Sérgio. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo, Saraiva, 2015.

VIOLIN, Jordão. Processos estruturantes: Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In **Processos estruturantes**, org. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim, Salvador, Editora Juspodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Thomson Reuters, revista dos tribunais online, 201

O REGRESSO COMO POLÍTICAS DE “PROGRESSO”: A DEVASTAÇÃO DE SOBRADINHO-BA

Thiago Santos Cunha*

Resumo: Este trabalho tem como fonte a obra musical Sobradinho, de Sá e Guarabyra, analisando-a em face da questão agrária e do direito agrário brasileiro, tendo como objeto a relação do direito à terra e arte. Sua indagação consiste em problematizar como em que medida a arte pode servir de instrumento de denúncia a perpetuação de políticas “desenvolvimentistas” e de “progresso” que atacam diretamente direitos fundamentais e dos povos tradicionais, positivados na Constituição Federal de 1988. A metodologia consiste em análise bibliográfica, exposição de dados geográficos e quantitativos e, conjuntamente, exposição da obra artística de Sá e Guarabyra sobre a história da Região de Sobradinho e adjacentes que foram alagadas pelas águas da Barragem, impactos e perspectivas. Concluindo como políticas travestidas por promessas de progresso acentuam a questão fundiária brasileira, bem como são permeadas de violações de direitos.

Palavras-Chave: Direito e arte; Questão agrária; Região de Sobradinho-Bahia.

Abstract: This work has as its source the musical work Sobradinho, by Sá and Guarabyra, analyzing it in face of the agrarian question and the Brazilian agrarian law, having as object the relation of the right to land and art. His question consists in problematizing how art can serve as an instrument to denounce the perpetuation of "developmentist" and "progress" policies that directly attack fundamental and traditional peoples' rights, positivated in the 1988 Federal Constitution. The methodology consists of bibliographical analysis, an exhibition of geographical and quantitative data and, jointly, an exhibition of the artistic work of Sá and Guarabyra on the history of the Sobradinho Region and adjacent areas that have been flooded by the waters of the dam, impacts and perspectives. In conclusion, the policies covered by promises of progress accentuate the Brazilian land issue, as well as being permeated by violations of rights.

Keywords: Right and art; Agrarian reform; Region of Sobradinho-Bahia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 As “políticas de progresso”; 3 Considerações finais; 4. Referências.

Sobradinho

O homem chega, já desfaz a natureza
Tira gente, põe represa, diz que tudo vai mudar
O São Francisco lá pra cima da Bahia

*Bacharel Interdisciplinar em Humanidades com Área de Concentração em Estudos Jurídicos (UFBA-2018); Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Contato: thiago-santos02@hotmail.com.br

Diz que dia menos dia vai subir bem devagar
E passo a passo vai cumprindo a profecia do beato
que dizia que o Sertão ia alagar

O sertão vai virar mar, dá no coração
O medo que algum dia o mar também vire sertão

Adeus Remanso, Casa Nova, Sento-Sé
Adeus Pilão Arcado vem o rio te engolir
Debaixo d'água lá se vai a vida inteira
Por cima da cachoeira o gaiola vai subir
Vai ter barragem no salto do Sobradinho
E o povo vai-se embora com medo de se afogar.

Remanso, Casa Nova, Sento-Sé
Pilão Arcado, Sobradinho
Adeus, Adeus...

(Sá e Guarabyra)

1 INTRODUÇÃO

Sobradinho, nome da obra de Sá e Guarabyra é um grão da história, fascinante e persistente por transcender à sua própria especificidade. Narra de forma clara e enfática a situação vivida pela população de Sobradinho e regiões adjacentes ao Rio São Francisco em que, na década de 1970 o “sertão da Bahia virou mar”. Uma das mais conhecidas músicas da dupla, o disco ao qual está incluída foi um marco de revolução no cenário musical brasileiro, pois, consolidou um gênero musical que aliava o rock progressivo com elementos do som rural brasileiro (JUNIOR, 2006). Trouxe uma nova possibilidade de abordagem do contexto rural e agrário, fortemente predominante em diversas regiões do país, através da música, evidenciando fortes avanços culturais – hoje integrado pelas variadas obras entre músicas, cordéis e poemas produzidos pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), como a produção **Presos do lado de fora**, de Marcos Montteiro, e pelo Movimentos dos Sem Terra (MST), como a canção **Só a luta faz valer**, de José Pinto de Lima, dentre tantas outras produções de diversos artistas militantes pela Reforma Agrária.

Essa obra artística serve para ilustrar as persistentes investidas das “políticas de progresso e desenvolvimento” alavancadas em diversos cenários do país que mais resultou em conflitos com direitos fundamentais e tradicionais e negligências explícitas do poder público, do que em um desenvolvimento das áreas às quais foram implementadas. Casa Nova, Remanso, Pilão Arcado e Sento Sé foram engolidas pelo São Francisco dando lugar a 34 bilhões de metros cúbicos de água represada pelo homem. Tais políticas são trazidas como a “modernidade” sendo contextualizadas pelas narrativas hegemônicas como “o tempo histórico oriundo da “descoberta do Novo Mundo”, (...), no qual o mundo da vida passa a ser extremamente “racionalizado” e as tradições perdem sua espontaneidade natural” (DUARTE; QUEIROZ, 2016, p. 12).

No período de 1975 à 1978 cerca de 12 mil famílias das localidades de Remanso, Pilão Arcado, Casa Nova e Santa Sé foram obrigadas – e coagidas – a deixar suas residências para serem realocadas as novas sedes da cidade, construídas pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf). Amedrontados pela possibilidade de enchente da Região em que moravam e, com promessas de novas residências adequadas, indenização justa e progresso para região, poucos foram os que hesitaram com tais ideias. Segundo Moisés Almeida, diretor do campus de Petrolina da Universidade de Pernambuco (UPE), no documentário Sobradinho de volta ao Sertão (EBC, Agência Brasil), a Chesf utilizou dois argumentos para convencer as famílias: “a água serviria para o desenvolvimento da região e as pessoas teriam moradias melhores”.

É evidente ressaltar, ainda, o contexto atual ao qual o Brasil vivenciava à época, o Regime Militar. Poucas foram as entidades jurídicas e civis que se posicionaram contra a construção, além do fato da região ter sido considerada área de segurança nacional, possibilitando que o exército utilizasse a força armada. Muitos foram os prejuízos, mas a principal perda dos ribeirinhos foi a inundação das terras férteis às margens do Rio São Francisco. Indenizações baixas, processos judiciais longos à morte do gado que não conseguiu conviver com o pasto escasso na caatinga (EBC, Agência Brasil), também foram situações trazidas pelas ideias de “progresso”.

Neste cenário, o presente trabalho pretende demonstrar como políticas implementadas por Governos em campanhas intituladas de desenvolvimentistas acabam por elevar as altas taxas de conflitos fundiários no Brasil. A presente pesquisa desenvolve-se através de uma abordagem cíclica da arte com argumentos sociojurídicos, trazendo a composição musical de Sá e Guarabyra e o referencial teórico de diversos autores acerca do tema, bem como de dados obtidos por pesquisas geográficas implementadas na região de Sobradinho. Debruçando-se na análise bibliográfica e quantitativa para enfatizar as inúmeras violações de direitos sofridas por comunidades tradicionais, bem como os impactos ambientais decorrentes de projetos governamentais “progressistas” impostos à essas populações.

2 AS “POLÍTICAS DE PROGRESSO”

Durante toda a história da sociedade contemporânea e de construção da nação, a terra foi um dos principais instrumentos de manutenção de um sistema hierárquico e de subordinação de determinadas classes sociais em detrimento de outras. No período evolutivo do sistema capitalista a terra tornou-se exteriorização do poder econômico do capital, como aborda Carlos Frederico Marés, “o desenvolvimento capitalista transformou a terra em propriedade privada, e transformada em propriedade privada promoveu o capitalismo” (MARÉS, 2003, p. 81) assim, trouxe consigo mazelas como: a concentração de grandes latifúndios nos domínios de poucas pessoas ligada ao sistema do agronegócio. A terra deixa de ser vista como um bem essencial à sustentabilidade da vida e passa a ser expectativa do capital especulador. A propriedade privada é, agora, a visualização do indivíduo dentro de um nicho social, ou seja, “quem mais tem, mais poder e ascensão social poderá desfrutar”.

Pierre Clastres tem uma visão interessante sobre o Estado Capitalista o qual tudo é objeto de consumo, e tem o agronegócio como um exemplo frio e cru, sendo, para ele:

um sistema em que nada é impossível, e a exceção, não ser para si mesmo sua destruição, mesmo que constituído de maneira liberal, como na Europa ocidental, ou até mesmo planejado, de Estado, por exemplo a Europa oriental. Assim, a sociedade industrial que seria a maior máquina de produção, seria a mesmo terrível máquina de destruir: raças sociedades, indivíduos; espaço, natureza, mares, florestas, subsolo, tudo é utilizável, tudo deve ser utilizado, tudo será para produção (CLASTRES, 2004, p. 62).

Demonstra-se a total força da sociedade industrial, com a sua capacidade e exercitando essa capacidade de destruição com as expulsões e aniquilamento de diversos povos e pessoas de seus territórios. Para Gustavo José Correia Vieira, em *O contexto social vigente*, 2011, “o contexto social o qual a humanidade vivencia retrata que sua dinâmica, suas transformações, são compostas de práticas oriundas de relações de poder” (VIEIRA, 2011, p. 9), assim, a sociedade industrial, o capitalismo, associa-se à destruição de diversas culturas, da expulsão de povos de seu território e, remoção de comunidades de sua região.

Dentro do contexto capitalista de concentração de grandes propriedades rurais, no que tange a utilização dessa terra, passou-se a ser em boa parte para a monocultura de alimentos, como a soja e a cana-de-açúcar, assim como para o uso na agropecuária, principalmente para criação de bovinos. O agronegócio tornou-se um sistema rentável para o país, como mostra pesquisas da Embrapa sobre a exportação de soja, no qual o Brasil é o segundo maior produtor mundial do grão, tendo uma produção de 114,843 milhões de toneladas anuais, plantadas em uma área de 35,822 milhões de hectares registrados (CONAB, jul/2019; AGROSTAT, 2018). Em contrapartida tal sistema propiciou a intensificação dos conflitos fundiário e apropriação de terras no Brasil – pois “a terra ociosa não servia ao capitalismo, mas os latifundiários sempre detiveram o poder político” (MARÉS, 2003, p. 87) e o interesse nas mesmas – conjecturando graves atentados à direitos fundamentais de comunidades tradicionais, indígenas, quilombolas e ribeirinhos, como mostra pesquisas realizadas pela Comissão Pastoral da Terra (Relatório de 2018), principal órgão de mapeamentos e denuncia dos conflitos e violência no campo.

No período de 2015, segundo o relatório Global Witness (2015), 40% das vítimas mortas registradas em todo o mundo em conflitos de terras eram indígenas, “o frágil direito à terra e o seu isolamento geográfico fazem com que esse grupo seja um alvo frequente da apropriação ilegal de terras e de recursos naturais” (GLOBAL WITNESS, 2015). Desde 2011, o Brasil é o país onde mais pessoas morrem em conflitos de terra no mundo (BBC BRASIL, 2016). A má efetivação de políticas públicas e baixa coercitividade de fato das leis contra a apropriação ilegal de terras, em conjunto com a precarização de órgãos, agentes e normas que estabelecem e promovam a reforma agrária é um dos principais problemas que refletem na questão agrária brasileira, posse ilegal e assassinatos de lideranças, crianças e idosos de diversas etnias, culturas e regiões.

Para Delma Pessanha Neves, 2017, a terminologia “questão agrária” integraria um conjunto de questionamentos e reflexões sobre o sentido mais apurado da “questão social”, ambas as abordagens são constituídas de problemáticas sociopolíticas (NEVES, 2017, p. 79).

Para a questão social, entende-se um “conjunto de problemáticas refletidas e difundidas para trazer à consciência pública, os problemas vinculados às condições de organização vigente na sociedade” (NEVES, 2017, p. 79-80), além de trazer uma perspectiva de políticas públicas ineficientes. Esses sintomas do sistema – diga-se, questão agrária – está estruturada por “polarizada e aprofundada diferenciação socioeconômica, ela, por tal perspectiva, era apreendida pela valorização dos efeitos práticos (e deletérios) das próprias condições de reprodução social”, como sinaliza Delma, em seu artigo *Questão Agrária: projeções societais em confronto*, 2017.

Dentro desse contexto de políticas públicas (in)eficientes encontra-se Sobradinho. Localizada na região do semiárido brasileiro, especificamente a oeste do Estado da Bahia, Sobradinho compreendia uma região habitada por cerca de 12.000 famílias, composta pelas comunidades de Remanso, Pilão Arcado, Casa Nova e Santa Sé, segundo dados de realocação das famílias da Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e de estudos realizados pela Fundação Josué de Castro (2005) e pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Foi na década de 70 que, como majestosamente compõe Sá e Guarabira “O São Francisco lá pra cima da Bahia/Diz que dia menos dia vai subir bem devagar/E passo a passo vai cumprindo a profecia do beato que dizia que o Sertão ia alagar”, com promessas de evolução econômica e desenvolvimento da distribuição e consumo elétrico do país, construiu-se o maior reservatório do Nordeste, com 4.214 quilômetros quadrados de área inundada, que detém 58,2% do armazenamento de água do São Francisco na região, segunda a Agência Brasil Casa Nova e Remanso (EBC Bahia).

Os compositores da canção, com clareza e pontuais, abordam como a ação humana – dentro de um contexto estatal e de políticas desenvolvimentistas – acarreta graves violações de direitos, como foi a construção da Usina Hidrelétrica do Rio São Francisco (Sobradinho), começando a melodia com “O homem chega, já desfaz a natureza/Tira gente, põe represa, diz que tudo vai mudar”. Delma Pessanha Neves pontua em trabalho que, nas condições que ocorrem a expropriação do campesinato (fala-se aqui, neste trabalho, as comunidades de trabalhadores rurais que ocupam determinadas regiões/localidades interioranas/ribeirinhos), esses processos têm acentuado diferentes “tendências de processos sociais”, como o surgimento de formas de subordinação social, ou até mesmo o extermínio de comunidades pela injunção de “princípios de reprodução capitalista”. Assim, nesse contexto, “emergentes proletários rurais tenderiam a abandonar o vínculo com as atividades agrícolas e pecuárias e alcançar inserção em mercado de trabalhadores industriais e urbanos” (NEVES, 2017, p.83), extingue-se toda uma forma de organização cultural e de vida em detrimento de “valores progressistas” para o país – pautados em ideais capitalistas.

Em *Racismo fundiário: a elevadíssima concentração de terras no Brasil tem cor* (2019), de Tatiana Emilia Dias Gomes, na coluna Vozes de Mulheres, da Comissão Pastoral da Terra (CPT) na Bahia, a autora aborda como a imposição de leis restringiu determinados segmentos sociais – especificamente compostos por pessoas negras – do acesso à terra no Brasil e em países africanos, “essas leis regulamentaram a restrição de acesso à terra, a remoção de áreas de ocupação ancestral, a proibição de ocupação de terras e a reserva de terras para confina-los em áreas muito insuficientes sob o ponto de vista dimensional e ecológico” (GOMES, 2019).

Sobradinho não foi diferente, na passagem “Adeus Remanso, Casa Nova, Sento-Sé/Adeus Pilão Arcado vem o rio te engolir/Debaixo d'água lá se vai a vida inteira/Por cima da cachoeira o gaiola vai subir/Vai ter barragem no salto do Sobradinho/E o povo vai-se embora com medo de se afogar” é possível identificar que, assim como as leis retratadas por Tatiana Dias em seu ensaio, o empreendimento que prometeu avanços e progresso para região de Sobradinho resultou na remoção de diversas comunidades por inteiras, no alagamento de terras férteis e a transferência da população para outra área, trazendo impactos sociais, econômicos e ambientais devastadores.

Dentro de uma sociedade estruturada com sólidos pilares colonizadores e racistas, como bem aborda o autor Jessé de Souza, em *A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato* (2017), as populações tradicionais, quilombolas, ribeirinhas, indígenas, marisqueiras, geraizeiras, de fundo e fecho de pasto vêm-se constantemente acuadas em um sistema que favorece o capital e o desenvolvimento industrial, ainda que possa colidir diretamente com os direitos dessas populações. É a partir de uma rede articulada dentro desse sistema, integrada pelos Três Poderes da Federação que “direcionaram as políticas governamentais e os recursos do Orçamento Público aos seus interesses, em detrimento de outro” (GOMES, 2019), ou seja, aos interesses particulares de classes sociais com poder econômico e político. Não obstante, essas políticas de genocídio contra comunidades, travestidas de progresso para nação, perpetuam um sistema racista e opressor nos dias atuais, “no Brasil desde o ano zero, a instituição que engloba todas as outras era a escravidão, (...). Nossa forma de família, de economia, de política e de justiça foi toda baseada na escravidão” (SOUZA, 2017, p.40). As políticas desenvolvimentistas mais alavancaram a degradação de biomas, danos ambientais e sociais, a poluição do solo e a contaminação de regiões, como ocorreu em Sobradinho, que teve uma área de mais de 4.000km² inundada, como mostraram os dados da Agência Brasil Casa Nova e Remanso.

A promoção dessas políticas que visam a implantação dos denominados “grandes projetos” geralmente são asseguradas, como traz Delma Pessanha, pelo “extrativismo mineral, a implantação de complexos hidroelétricos, o desmatamento destinado à implantação de áreas de pastagem e cultivo extensivo” de diversas commodities, como a cana, milho e soja entre outros (NEVES, 2017, p.85). Trazendo consigo projetos que orientam-se com base no comércio exterior, “além de incidir sobre a expropriação de territórios constituídos por outros modos de relacionamento com o uso de recursos naturais” (NEVES, 2017, p.85), como foi a atuação na construção da Barragem de Sobradinho, impulsionada pelo boom mundial da energia hidroelétrica nos anos 70 e 80, que proporcionou ao país, atualmente, um total de 94 usinas de diversos portes em todo o país, segundo Italo Freitas Filho, Diretor Geral de Geração da AES Tietê e AES Uruguaiana, conjuntamente apurado pela Rede de Obras (E-CONSTRUMARKT, 2019).

Essas comunidades removidas de suas localidades de origem compreendem, como bem pontua Delma P. Neves, a “expressão viva da devastação da variedade de modos sociais de ser e da biodiversidade como patrimônios natural e social” (NEVES, 2017, p.86), em detrimento do desenvolvimento socioindustrial (conceito desenvolvido por Evaristo Fernandes em *Homens e Organizações em Ação e Desenvolvimento*, Ed. ELCLA, 1996) e, principalmente, do sistema do agronegócio e da exploração mineral, conduzidos por iniciativas de políticas dos chamados

grandes projetos, como a Barragem de Sobradinho, que tem como um dos objetivos a geração de energia elétrica pela alto nível da vazão do Rio São Francisco. É no centro dessa situação de disputa desses empreendimentos políticos “reafirmação da acumulação capitalista, outrossim no contexto de luta pela reafirmação dos princípios democráticos e de reivindicações pela objetivação de definições constitucionais” (NEVES, 2017, p.89-90), que podemos pensar a evolução e acentuação da questão agrária brasileira, compreendendo as disputas sociais e os papéis fundamentais do poder público em promover políticas de desenvolvimento que afetem o mínimo possível das disposições constitucionais referentes aos direitos coletivos e individuais, bem como os direitos ambientais.

Dentro dessa luta incessante e inacabável, que Sá e Guarabyra trazem os versos “O sertão vai virar mar, dá no coração/O medo que algum dia o mar também vire sertão”, ilustrando o receio e a certeza de que uma região se perdeu por uma promessa de melhoria e desenvolvimento de vida. Atualmente, é possível identificar que grande parte das famílias realocadas para outra região tiveram, além das baixas indenização concedidas pelo poder público através da empresa do empreendimento (CHESF), que ainda tem ações tramitando na justiça (APL 0001268-91.2007.8.05.0208/TJ-BA), também às perdas sociais, culturais e econômicas advindas do projeto de realocação, como o gado que não se adaptou a nova região, como demonstra o documentário *Sobradinho, de volta ao Sertão*, produzido por Edwirges Nogueira e Agência Braisl Casa Nova e Remanso (EBC Bahia).

Pode-se identificar que tais políticas desenvolvimentistas representaram uma forma direta da piora nas condições de vida das famílias realocadas do que avanços propriamente efetivos para a população dessas comunidades. Jessé de Souza traz em seu trabalho, semelhanças as políticas atualmente implementadas, no que tange ao avanço da urbanização que “representou uma piora nas condições de vida dos negros livres e de muitos mestiços pobres das cidades. O nível de vida baixou, a comida ficou pior e a casa também” (SOUZA, 2017, p. 61), assim também foi para população da região de Sobradinho. Nesse cenário, “a opressão tender a ser exercida agora cada vez menos por senhores contra escravos, e cada vez mais por portadores de valores europeus, sejam eles de qualquer cor (...)” (SOUZA, 2017, p. 60), liga-se assim, que a opressão sofrida pela população no campo passa não somente a ser desferida por grileiros e latifundiário, como também por agentes e representantes do Estado – através de suas denominadas “políticas públicas”.

A referida Apelação Cível nº 0001268-91.2007.8.05.0208/TJ-BA condenou a CHESF em um valor de R\$ 1.632.082,03 a título de indenização pela desapropriação indireta de imóveis na região de Sobradinho, ficando evidente, durante o curso do processo, que houveram atos de apropriação de imóveis de diversos agricultores e moradores da região sem a realização do processo de desapropriação. Ainda, não obstante a condenação imposta à CHESF, os expropriados alegaram que o juízo *a quo* se afastou do laudo pericial ao fixar a indenização pela terra nua sem contemplar a área total das propriedades por considerar indevida indenização de parte do imóvel como se urbano fosse. Demonstrando assim, diversas irregularidades no processo de construção da Barragem de Sobradinho e nos valores indenizatórios promovidos pela Companhia Hidroelétrica do Vale do São Francisco, que tiveram as obras finalizadas em 1978.

Nos anos das décadas de 70 e 80, identifica-se uma acentuação de um “processo de organização de perfil mais corporativo e, de outro, uma pressão direta dos setores mais modernos sobre o Estado, buscando privilégios” através de projetos implementados em diversas áreas do país (MEDEIROS, 1993, p. 11). Manteve-se uma política sem grandes alterações, cercada e eivada de um padrão de subordinação e dominação no campo, amparada por um aparato truculento de violência – física, psíquica e simbólica – contra as populações que ocupavam as áreas escolhidas para implementação de grandes projetos, perpetuando o mesmo “padrão de dominação, marcado pela violência sistemática contra os trabalhadores” (MEDEIROS, 1993, p. 11). O embate de valor desse sistema é a marca de um “Brasil moderno”, como traz Jessé de Souza, um novo contexto urbano e rural se maximiza, promovido pelas ideias de progresso e desenvolvimento da nação, que não “representou mais do que o prolongamento da desbragada incúria dos interesses públicos em favor dos particulares” (SOUZA, 2017, p. 61), nos versos de Sá e Guarabyra: “O homem chega, já desfaz a natureza/Tira gente, põe represa, diz que tudo vai mudar”.

A canção mostra com excelência a realidade vivida e sofrida por cerca de 72 mil pessoas atingidas pelo empreendimento de construção da Barragem. Demonstrando como o controle abusivo do aparato Estatal pode colidir de frente com os direitos fundamentais positivados na Carta Magna, em seus arts. 5º, 225º e 226º, da Constituição Federal de 1988, e como os empreendimentos promovidos pelo Estado podem favorecer a lógica de um sistema racista, de apropriação ilegal de terras de diversas formas, além das massivas irregularidades processuais existente nessas ditas “políticas desenvolvimentistas”, com anuência do Estado e dos órgãos fiscalizatórios. Nota-se que nada disso é “visto como corrupção dos poderosos que controlam o mercado” (SOUZA, 2017, p. 61), persistindo uma lógica em que mais vale o desenvolvimento da nação do que os direitos básicos e fundamentais da sua população.

Sá e Guarabyra compõe uma melodia capaz de prender o ouvinte ao passo em que o enriquece no tocante as histórias que ocorreram e ocorrem no Brasil ao longo de sua formação. Trazendo o papel do Estado, ainda que de forma implícita, representada pelo “homem”, como aborda as estrofes da canção, conjuntamente representando as vozes dos atingidos pelo empreendimento. Majestosamente, há uma fervente e direta manifestação contra o empreendimento imposto sobre a população da região, compreendendo as comunidades como Remanso, Casa Nova, Santo-Sé, Pilão Arcado e Sobradinho.

Não diferente ao que ocorreu em Sobradinho, o Brasil vive um período e implementação de diversos projetos que colidem diretamente com os direitos de comunidades residentes nas regiões que estão na mira dos empreendimentos. Como mostra a revista produzida pela Associação de Advogados dos Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia (AATR-BA/2017), *NO RASTRO DA GRILAGEM – Formas Jurídicas da Grilagem Contemporânea: Casos típicos de falsificação na Bahia* (2017), trazendo casos de grilagem promovidos por empresas privadas, pessoas físicas e implementação de grandes projetos, como exemplos, o caso de nº 01: ‘A origem da Fazenda Cisto Rei’, na Comarca de Barra, que envolve um caso de grilagem de 230 mil hectares no município de Barra e parte de Pilão Arcado; o caso de nº 04: ‘A fábrica de ações de usucapião em terras públicas em Gentio do Ouro’, envolvendo uma área de 8 mil hectares de terras públicas reconhecidas em favor da Empresa Paranaense de Participações Energia

(EPP) S.A. que impactou comunidades rurais com o Complexo Eólico Capoeiras e Assuruá, na região de Gentio do Ouro e Xique-Xique; ou ainda, o caso de nº 05: ‘A grilagem mora ao lado: o caso de Angico dos Dias’, que envolve diversas comunidades em Campo Alegre de Lourdes e uma área de 44 mil hectares, interessada por um empreendimento de mineração da empresa Galvani Participações e Investimentos S.A., que resultou em tentativas de expropriação, ameaças e perseguições contra lideranças das comunidades envolvidas (Comunidades de fundo de pasto de Angico dos Dias, Acú, Baixãozinho, Baixão Novo, Baixão Grande, Arueira, Poço do Baixão, Lagoas e Queimada Grande).

A grilagem e a ocupação de terras públicas não se distanciam do cenário constitutivo e normativo de construção da República Federativa do Brasil. Com o advento da Constituição de 1891, os Estados membros passaram a ter mais controles das terras, como trazia em seu art. 64, transferindo as terras devolutas do controle da União para os Estados. Também, ao longo da evolução do instituto da propriedade no Brasil (incluindo aqui as terras devolutas e a propriedade privada rural), os Estados conjuntamente com agentes políticos passaram a conceder terras devolutas, consequentemente públicas, como forma de “troca de favores”, como traz o autor Nazareno José de Campos, em trabalho sobre as *Terras de uso comum no Brasil* (2011), cada Estado ficava designado para elaborar suas políticas de concessão de terras, assim, “começando aí as transferências maciças de propriedade fundiárias para grandes fazendeiros e grandes empresas de colonização interessadas na especulação imobiliária” (CAMPOS, 2011, p. 258). Evidenciando que os ideias capitalistas sempre estiveram e foram fundamentais para a concretização da concentração fundiária no Brasil.

A passagem das terras devolutas para os domínios dos Estados membros mais acentuou a concentração de terras nas mãos de fazendeiros e agentes políticos – detentores do poder econômico, aquisitivo, social-político – do que estimulou uma possibilidade de distribuição e regulamentação fundiária no Brasil, “a usurpação e apropriação individual das terras não só continuou como ampliou” (CAMPOS, 2011, p. 258). Dominava-se uma política, como aborda Nazareno J. de Campos, “uma usual política de trocas de favores” promovida entre os governos que dominavam os Estados e os segmentos sociais e políticos oligárquicos gerando, consequentemente, a concessão e aquisição de terras ilegalmente. Tais políticas chegaram a ser descritas em normativas estaduais, como foi o caso do estado de Santa Catarina, na Lei nº 540 de 1904, possibilitando o governo de conceder “favores” para empresas industriais e de aviação.

Não diferente, em sua grande maioria, as terras objetos das aquisições compreendiam áreas ocupadas por populações que faziam o uso comum da terra. Tal cenário de ocupação e usurpação ilegal trouxe – como no caso de Santa Catarina – a implementação do agronegócio nessas áreas gerando a expulsão de comunidades locais em detrimento da utilização do campo para criação de animais para o abate ou, para a produção do leite e derivados. Muitas dessas terras devolutas foram encaradas pelos oficiais de registros e comarcas como “áreas “tituladas”, e, pelos juristas desavisados, “propriedade”, como sinaliza Luís de Lima Stefanini, em seu trabalho *A Propriedade no Direito Agrário*, 1978, demonstrando um cenário escasso de fiscalização e regulamentação legal para aquisição de propriedades rurais. Stefanini ainda pontua como os registros das propriedades eram um procedimento frágil e fácil de burlar, notando que, “no ato do registro, era pago o preço de dois reais por letra constante da declaração

(art. 103 do Decreto n. 1.318, de 1854)” (STEFANINI, 1978, p. 203). Ou seja, os documentos por vezes acarretavam diversos vícios, seja porque alguns proprietários não tinham renda econômica para detalhar a extensão das propriedades, seja pelas especificações genéricas de tamanho geográfico das mesmas.

De fato, essas titulações resultaram em avalanches de títulos falsos, prolatados por sentenças ou registrados no Registro de Imóveis, observando que em diversos imóveis – advindos de títulos falsos – desenvolveram, também, a implantação e avanço do agronegócio e a exploração de commodities no país. Esse panorama, obviamente, tem forte ligação com os ocupantes e posseiros dessas propriedades, que em sua maioria são fazendeiros “financiados com recursos do PROTERRA” (STEFANINI, 1978, p. 211), e acabaram constituindo, como aborda Stefanini, “verdadeiras empresas rurais, suportadas por títulos imprestáveis” (STEFANINI, 1978, p. 211). Execravelmente pouco se fez por parte da União e dos Estados para varrerem a enxurrada de titulações falsas da aquisição de grandes extensões de propriedades rurais, essa perspectiva não é coincidência, tendo em vista que os títulos concedidos pelo Estado majoritariamente recaíam “não sobre os efetivos ocupantes das terras, mas sobre apaniguados políticos” (STEFANINI, 1978, p. 212). Nota-se ainda neste sistema, escasso de fiscalizações efetivas, que o mesmo proporcionou a concessão de títulos ilegais para posseiros que não exerciam a utilização funcional e racional da terra, ou ainda, a posse direta da propriedade, bastando ter a influência política, o poder aquisitivo, ou social-econômico, de classe.

Muitos fatores trazem semelhanças para a questão envolvendo a Barragem de Sobradinho, principalmente no tocante a atuação do Estado e suas políticas de favorecimento. Vale pontuar, em análise, o II PNRA (Plano Nacional da Reforma Agrária), de 2007, proposta que abordava a possibilidade de inclusão social, regulamentação fundiária e jurídica em questões agrárias e a positividade das formas de uso comum da terra e da propriedade, prevendo em seu escopo itens de “preocupação em relação a áreas remanescentes de quilombos; reservas extrativistas; atingidos por barragens; e populações ribeirinhas” (CAMPOS, 2011, p. 262). Porém, como em anos anteriores, grupos contrários a essas políticas se sobressaíram e venceram as ideias do II PNRA. Inclui-se nesses grupos “os mais variados interesses ligados ao neoliberalismo e atrelados à prolatada conjuntura de globalização ligados ao interesse do grande capital” amparados por uma lógica que veem as populações tradicionais e esses interesses “como elementos do passado, contrários à visão de “progresso” e “modernidade” (CAMPOS, 2011, p. 262).

Brilhantemente, narram Sá e Guarabyra: “Debaixo d'água lá se vai a vida inteira/(...)/Vai ter barragem no salto do Sobradinho”, com uma política colonizadora implementam uma estrutura de destruição, que muda vidas, destrói lares e ceifa a terra fértil. O poder público incumbido com ideias de modernização e prosperidades – travestidos de soberania sobre seu território, perfaz num todo um cenário de ilegalidades, vícios e conflitos com direitos fundamentais e essenciais para as populações do campo. De igual, exigem a implementação de projetos e permitem a imposição de discursos de autoridade por entes privados e políticos, sem ao menos ouvir as populações dos territórios atingidos ou, até mesmo, reparar os graves danos sofridos por essas. O cenário persiste até os dias atuais, com a repressão contra comunidades

tradicionais, ribeirinhas, indígenas, movimentos de luta pela Reforma Agrária, a supressão de seus direitos, as longas e difíceis batalhas judiciais, sejam para legitimação de seus territórios, seja para demarcação de suas terras originariamente ocupadas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Delinear o longo trajeto que teve início na colonização, desde o século XVI, com a expulsão de comunidades de seus territórios e a posse da propriedade de maneira autoritária, percorrendo até a atualidade, é um ponto tratado também pelos autores que neste trabalho abordamos. Em conjunto com a apropriação privada, há a expropriação ou desapropriação promovida pelos órgãos estatais calcados e protegidos pelos ideais capitalistas de desenvolvimento nacional, progresso e avanços. A implementação de projetos educacionais, seja através da abordagem literária, seja por meio da crítica a obras que trazem fiel abordagem sobre a questão agrária brasileira, relatando vivências e experiências, é uma das formas de combate ao desconhecimento coletivo e simplificação dos conflitos agrários presente por todo território e campo do Brasil. Deve-se honrar as riquezas e expressões dos diferentes povos, camponeses, ribeirinhos, indígenas ou quilombolas, de modo a proporcionar o respeito a sua cultura, suas organizações sociais, seus costumes, suas línguas, crenças e tradições, como assim prevê a Constituição Federal de 1988, no tocante aos direitos originários (art. 231, CF/88), da proteção da cultura (art. 215, CF/88), das áreas remanescentes de quilombos (art. 68, ADCT), da proteção ao meio ambiente (art. 225, CF/88) e, no que assegura a proteção aos Fundos e Fechos de Pastos (art. 178, da Constituição do Estado da Bahia de 1989). A discussão sobre a questão agrária percorre em diversos caminhos do conhecimento, desde a sociologia, antropologia, direito, geografia e história, até viés como na biologia.

Exercer o papel de protetor de sua nação é uma obrigação fundamental e constitucional da União, prevista em sua norma máxima, que é a Constituição Federal de 1988, do Estado Brasileiro. Propor políticas públicas de inclusão e de promoção a reforma agrária é uma necessidade gritante da sociedade brasileira, que no atual regime político nacional regride cada vez mais na proteção aos direitos dos povos do campo e tradicionais, incluindo as populações que lutam pela reforma agrária. Como já mencionado no decorrer do trabalho, persiste-se políticas que segregam, mata e destrói comunidades e seus povos, desconsiderando anos de luta de resistência dessas pessoas, assim como suas representações simbólicas no que tange a diversidade cultural brasileira. Conscientizar seu povo para que tenha conhecimento da realidade do campo é propor uma abordagem coletiva de luta contra as arbitrariedades promovidas tanto pelos agentes privados, como pelos agentes públicos. Além da história da Barragem Sobradinho, trabalhada aqui através da composição de Sá e Guarabyra, há diversos outros projetos de empreendimentos que percorrem o cenário brasileiro, nas casas legislativas e no judiciário. É essencial que haja mais simpatia e divulgação de instituições que promovem a luta pela reforma agrária e a defesa dos direitos do campo, como a Comissão Indigenista Missionário (CIMI), a Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais no Estado da Bahia (AATR-BA) e os movimentos de lutas e resistência como o Movimento dos Trabalhadores Sem

Terra (MTST) e Movimentos dos Sem Terra (MST), presentes tanto âmbito do campo, como no meio urbano.

Todos os anos diversos relatórios são publicados por instituições como a CIMI, AATR-BA, MTST e MST expondo os ainda efeitos da colonização e de políticas genocidas e etnocidas, efeitos como massacre, expulsão de seus territórios e até a escravidão em plantações de commodities. Porém a violência não se retém a estes dados, mantem-se um sistema que silencia a todo momento tais relatórios, impossibilitando que notícias alarmantes cheguem a toda sociedade. Camuflam a violência com propagandas de prosperidades, as quais o “Agro é tudo”, “os grandes projetos são o desenvolvimento e progresso”, como se essas fossem as únicas soluções para alavancar a economia de país. Há um “ensurdecidor” silêncio de uma sociedade que clama a paz, mas nega direitos fundamentais para parte da sua população integrantes do seu rico acervo cultural ainda existente. A utilização de dados de pesquisas e trabalhos recentes abordados nesse trabalho, foram um ponto chave para relatar as histórias desses povos.

Por fim, faz-se necessário ter o conhecimento da questão agrária brasileira e de obras artísticas como Sobradinho, de Sá e Guarabyra conjuntamente com um sentimento de respeito as comunidades do campo, aos trabalhadores e aos povos tradicionais. Um consentimento mútuo, para que se possa está lutando contra todas as formas de discriminação e repressão contrastais populações, feitas pela sociedade civil e pelo Estado, e trazendo consigo uma conscientização política, social e econômica a respeito da natureza e dos territórios dessa e de nossa população, valorizando e conservando suas raízes. Conhecendo-os e se autoconhecendo.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DE TRABALHADORES RURAIS (ORG.). No Rastro da GRILAGEM. **Formas Jurídicas da Grilagem Contemporânea: Casos típicos de falsificação na Bahia**, Salvador: AATR, ano 2017, v. 1, ed. 1, p. 9-62, 1 mar. 2017.

AGÊNCIA BRASIL CASA NOVA E REMANSO (EBC). SOBRADINHO: de volta ao Sertão. *In*: NOGUEIRA, Edwirges. **SOBRADINHO: de volta ao Sertão**. 1. ed. Remanso e Casa Nova: Lílian Beraldo, 1 jan. 2019. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/sobradinho>. Acesso em: 13 out. 2019.

BBC BRASIL. **Pelo 5º ano, Brasil é líder em mortes em conflitos de terra ; Rondônia é Estado mais violento no campo**, 20 jun. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36580912>. Acesso em: 13 out. 2019.

CAMPOS, Nazareno José de. **Terras de uso comum no Brasil: abordagem histórico-espacial**. Florianópolis: Ed. Da USFC, 2011, p. 246-264.

Constituição da República Federativa do Brasil. **Arts. 5º, 215º, 225º, 226º, 231º**. Brasília: Biênio, 2010, p.146.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política**. In: CLASTRES, Pierre, Cap. 4: Do Etnocídio. Ed. Brasileira: Cosac & Naify, 2004, p. 54-63.

DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. **A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade**. In: A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade, PUC _rev direito, ano 2016, v. 1, ed. 01, p. 10-42, 1 jul. 2016.

E-CONSTRUMARKET. Brasil vive boom com 94 hidrelétricas projetadas. In: FILHO, Ítalo Freitas. **Brasil vive boom com 94 hidrelétricas projetadas: Obras e Investimentos**. [S. l.]: AECweb, 1 jan. 2019. Disponível em: https://www.aecweb.com.br/cont/m/rev/brasil-vive-boom-com-94-hidreletricas-projetadas_9992_15_0. Acesso em: 13 nov. 2019.

GOMES, Tatiana Emilia Dias. **Racismo fundiário: a elevadíssima concentração de terras no Brasil tem cor**. Vozes de Mulheres, Comissão Pastoral da Terra (CPT), v. 1, 26 mar. 2019. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes/noticias/artigos/4669-racismo-fundiario-a-elevadissima-concentracao-de-terras-no-brasil-tem-cor>. Acesso em: 13 out. 2019.

HECK, Egon. **Os Povos Indígenas e o Brasil: mais de cinco séculos de ditadura**, 2014. In: **Conselho Indigenista Missionário (CIMI)**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=7426>. Acesso em: 13 out. 2019.

JUNIOR, Luiz Américo Lisboa. **A História da MPB: Sá e Guarabyra - Pirão de Peixe com Pimenta 1977**. Itabuna: Luiz Américo Lisboa Junior, 22 fev. 2006. Disponível em: http://www.luizamerico.com.br/fundamentais-sa_e_guarabyra.php. Acesso em: 13 out. 2019.

LETRAS. **Sobradinho – Sá e Guarabyra**. LETRAS, 2019. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/sa-guarabyra/356676/>. Acesso em: 13 out. 2019.

MARÉS, Carlos Frederico. **A Função Social da Terra: Terra: Um direito à vida**. In: A FUNÇÃO Social da Terra: Terra: Um direito à vida. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 01, cap. 2, p. 81-131.

MEDEIROS, Leonilde Servolo de. A herança do debate: Os marcos institucionais-legais. In: **REFORMA AGRARIA: CONCEPÇÕES, CONTROVÉRSIAS E QUESTÕES**. 1. ed. [S. l.]: Setembro, 1993. cap. 2, p. 11-18.

NEVES, Delma Pessanha. **QUESTÃO AGRÁRIA: PROJEÇÕES SOCIETAIS EM CONFRONTO**. TEXTOS E DEBATES, Ed. Boa Vista, p. 79-106, jan/jun. 2017.

SOUZA, Jessé. A escravidão é nosso berço: O mundo que a escravidão criou. In: SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. 1. ed. Rio de Janeiro: Leya, 2017. v. 01, cap. 1, p. 36-41.

STEFANINI, Luís de Lima. A propriedade no direito agrário. In: Luís de Lima Stefanini. **A propriedade no direito agrário. Cap. VII: TÍTULOS IRREGULARES E TÍTULOS DE PROPRIEDADE PUTATIVAS**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 200-217.

VIEIRA, Gustavo José Correia. **EXTERMÍNIO CULTURAL COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: O CONTEXTO CRIMINAL DO ETNOCÍDIO E SEU DESENVOLVIMENTO NO CAMPO DO SABER JURÍDICO-PENAL.** In: VIEIRA, Gustavo José Correia, Introdução. Publicação: Cíntia Borges Greff, 2011, p. 9.