
XXI REVISTA DO CEPEJ

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

SALVADOR-BA
2019



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

XX REVISTA DO CEPEJ

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

SALVADOR-BA
2019

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. 21 – 2019 – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2019.

471 fls.

v. 21

ISSN 2595-3435

1. Direito – Periódico.

CDD 340.05

CEPEJ

Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas

DIRETORIA EXECUTIVA

Diretoria de Presidência: *Mirela Gonçalves Portugal*

Diretoria Administrativo-Financeira: *Amanda Krishna Menezes Cardoso*

Diretoria de Comunicação: *Isadora dos Santos Magalhães*

Diretoria de Gestão de Pessoas: *Ronaldo Pinto dos Santos*

Diretoria de Projetos: *Gustavo Costa Santos Dantas*

MEMBROS

Amanda Krishna Menezes Cardoso

Ana Beatriz Lima da Paixão

Antônio Marcelo Barbosa Souza Filho

Bianca Silva Matos

Carla Kellen Mota de Queiroz

Carlos Cauã Santos Pereira

Clara Oliveira de Holanda Cavalcante

Daniel Dunkel Simões de Oliveira

Diogo Meira Lopes

Enzo Frederico Vago Pereira

Francilene Carla da Silva

Gabriel Bazachi Jara
Gabriel Nunes Santos
Gustavo Costa Santos Dantas
Isadora dos Santos Magalhães
Jade Caldas Sibalde
Júlio César Caires Leal
Kauane Nunes Alcedino
Laércio Silva de Sena
Leonardo da Silva Cavalcante
Leticia Sobrinho da Silva
Marcos Davi Florencio Santana
Mariana Santana da Silva
Marina Morena Larangeira Fernandes
Mirela Gonçalves Portugal
Renato Nonato Xavier Sobrinho
Ronaldo Pinto dos Santos
Rosane Santos Sousa
Stephanie dos Santos Silva
Warlen Alves de Oliveira Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Professora Doutora Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado
(Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

Professor Doutor António Pinto Monteiro (Universidade de Coimbra - Coimbra, Coimbra, Portugal).

Professor Doutor Gabriel Dias Marques da Cruz (Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

Professor Doutor Gladston Mamede (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil).

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica - Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil).

Professora Doutora Joseane Suzart Lopes da Silva (Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro (Universidade Federal do Paraná - Curitiba, Paraná, Brasil).

Professora Doutora Maria Auxiliadora de Almeida Minahim (Universidade Federal da Bahia - Salvador, Bahia, Brasil).

COMISSÃO EDITORIAL

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

Subeditora: Mirela Gonçalves Portugal

Ana Beatriz Lima da Paixão

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

Francilene Carla da Silva

Gabriel Bazachi Jara

Gabriel Nunes Santos

Jade Caldas Sibalde

Júlio César Caires Leal

Marcos Davi Florencio Santana

Rosane Santos Sousa

Warlen Alves de Oliveira Júnior

CAPA

Júlio César Caires Leal

CONSELHO DE PARECERISTAS *AD HOC*

Professora Doutora Adriana Brasil Vieira Wyzykowski. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: adrianawyzy@gmail.com

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão. Universidade de Brasília, UnB – Brasília, DF – Brasil. E-mail: frazao@unb.br

Professor Mestre Bruno Sousa Rodrigues. Institut d'Études Politiques de Paris, SCIENCESPO – Paris, França. E-mail: bruno.sousarodrigues@sciencespo.fr

Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS – Porto Alegre, RS – Brasil. E-mail: reverbel@reverbelmello.com.br

Professora Mestra Carolina Grant Pereira. Faculdade Baiana de Direito, FBD – Salvador, BA – Brasil. E-mail: carolinagrants@gmail.com

Professor Doutor Daniel Oitaven Pamponet Miguel. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: danieloitaven@hotmail.com

Professor Mestre Douglas Elmayer. Universität Bremen, ZERP Zentrum für Europäische Rechtspolitik – Bremen, Alemanha. E-mail: elmayer_sc@hotmail.com

Professor Eduardo Braz Marinho Rolim. Centro em Rede de Investigação de Antropologia, CRIA – Lisboa, Portugal. E-mail: eduardo.braz.marinho@hotmail.com

Professor Doutor Elmir Duclerc Ramalho Júnior. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: elmir.duclerc@gmail.com

Professor Mestre Erick Lucena Campos Peixoto. Faculdade de Tecnologia de Alagoas, FAT/FAPEC – Maceió, AL – Brasil. E-mail: ericklucenacp@gmail.com

Professor Doutor Fábio Periandro de Almeida Hirsch. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: academico@fabioperiandro.adv.br

Professor Doutor João Glicério de Oliveira Filho. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: joao@joaoglicerio.com

Professora Doutora Laura Souza Lima e Brito. Centro Universitário de Belo Horizonte, UniBH – Belo Horizonte, MG – Brasil. E-mail: lauraslbrito@gmail.com

Professora Laura Cecília Fagundes dos Santos Braz. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: lauracbraz@hotmail.com

Professor Mestre Leandro Fernandez Teixeira. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA- Brasil. E-mail: fernandez.leandro@hotmail.com

Professor Mestre Lucas Gabriel Santos Costa. Faculdade Salvador, FACSAL – Salvador, BA – Brasil. E-mail: lgabriel.costa@gmail.com

Professor Doutor Marco Antônio Loschiavo Leme de Barros. Universidade Paulista, UNIP – São Paulo, SP – Brasil. E-mail: marcoloschiavo@gmail.com

Professor Mestre Misael Neto Bispo da França. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: juridicoabr@gmail.com

Professora Mestra Raissa Pimentel Silva Siqueira. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: raissapimentelss@gmail.com

Professor Mestre Samuel Moreira Gouveia. Faculdade Autônoma de Direito, FADISP – São Paulo, SP – Brasil. E-mail: samuel.gouveia@gmail.com

Professor Mestre Thiago Carvalho Borges. Faculdade Baiana de Direito, FBD – Salvador, BA – Brasil. E-mail: thiago@borgeslaw.com.br

Professor Mestre Tiago Silva de Freitas. Universidade Federal da Bahia, UFBA – Salvador, BA – Brasil. E-mail: tsfdireito@hotmail.com

Professor Doutor Vicente da Cunha Passos Júnior. Centro Universitário Estácio da Bahia – Estácio FIB, FIB – Salvador, BA – Brasil. E-mail: vicentepassos@hotmail.com

SUMÁRIO

Editorial 17

Os artigos estão dispostos em ordem alfabética do nome dos autores

Direito à inclusão digital no brasil: um objetivo sustentável (*Alan José de Oliveira Teixeira*) 20

O princípio da coculpabilidade e suas possíveis interseções com as teorias sociológicas do crime (*Brenda Capinã Botelho Costa*) 51

As rotas negociais coletivas trabalhistas no brasil: o conflito com o legislado (*Cainan Anjos Meira e Pedro Paulo Britto de Carvalho*). 78

Violência simbólica: da necessária intervenção estatal na prevenção da violência contra a mulher (*Camila Martins Schiavone e Tatiana Coutinho Pitta*)115

Análise econômica dos interditos proibitórios diante dos abusos do direito de greve (*Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira Matos*)147

A recepção pelo ordenamento brasileiro dos tratados de direitos humanos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (*Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e Leticia Facci de Castro*)177

O assédio moral nas relações de trabalho sob a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana (*Fernanda Heloisa Macedo Soares e Gustavo Pereira da Silva*).....205

Poderes instrutórios do juiz e a efetividade da tutela jurisdicional (*Fernando de Siqueira e Thaís Amoroso Paschoal Lunardi*)244

O direito público subjetivo à educação face à teoria geral dos direitos fundamentais sociais: uma reflexão necessária para a garantia da efetividade do direito educacional (<i>Hebert França de Santana</i>)	275
A desobediência civil como nova excludente legal de culpabilidade: análise do artigo 2º da Lei 13.260/2016 (<i>José Carlos Teixeira Costa Junior</i>).....	312
“Aviãozinho da UFBA” no Facebook: brincadeira ou uso indevido da imagem? Um estudo sobre os direitos da personalidade no contexto tecnológico atual (<i>Ludmyla Rocha Lavinsky e Roxana Cardoso Brasileiro Borges</i>)	334
A responsabilidade jurídico-penal do <i>compliance officer</i> pelas infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica (<i>Luiza de Sena Góes Leal</i>)	372
O ordenamento jurídico brasileiro e as causas de impedimento do casamento: uma análise a partir do “Novo Direito de Família” (<i>Marina Fernanda Silva de Oliveira</i>)	408
A inadequação bibliográfica da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia aos direitos das pessoas com deficiência visual (<i>Muriel Cordeiro Silva</i>)	441

EDITORIAL

O labor do cientista é árduo, por vezes solitário e, por definição, plasmado de inquietações. Contudo, é inarredável o momento da publicação, quando finalmente o trabalho amplifica sua voz e ganha espaço na realidade social. A pesquisa sem impacto e sem caráter sociorreferenciado termina por inócua, e deixa passar a oportunidade de transformar o saber sob o qual se debruça, fazendo-o alçar voos mais altos.

A Revista do CEPEJ carrega a missão de ser um cenário para a divulgação de resultados das pesquisas de juristas em diferentes momentos da sua jornada formativa. Tarefa nobre por si, mas que ganha especial brilho ao ser desempenhada por estudantes da graduação, que escolheram trabalhar disseminando as ideias catalisadoras de transformações no Direito, ou que nele lançam nova perspectiva. Assim, possibilitam a construção de um legado mais vasto que os autores neste volume publicados, acendendo a chama da criação nos autores do porvir.

A Revista do CEPEJ chega o seu número XXI com uma diversificada seleção de artigos, com reflexões em disciplinas variadas, enviadas por autores de todo o Brasil. Aqui, conseguimos concretizar mais uma das atividades do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da UFBA, a de fomento à pesquisa jurídica, criando uma cultura de reflexão acadêmica - não apenas nos muros da UFBA, mas onde haja leitores e autores munidos da vontade de repensar o Direito.

Comissão Editorial

ARTIGOS

DIREITO À INCLUSÃO DIGITAL NO BRASIL: UM OBJETIVO SUSTENTÁVEL

*Alan José de Oliveira Teixeira**

RESUMO: O advento das tecnologias de informação e comunicação proporcionou a ampliação dos ambientes de interação social, especialmente no que se refere à educação e à cidadania. Redes sociais, *websites*, tecnologias de multimídia, dentre outras inovações informáticas, tornaram mais acessíveis a informação, a participação cidadã e a educação fundamental. Todavia, concomitante às facilidades informáticas surge um fenômeno social: a exclusão digital. Assim, o presente artigo científico tenciona-se a analisar o fenômeno da exclusão digital tendo em conta o movimento oposto, qual seja, a inclusão digital. Além disso, os estudos se desenvolveram frente à dignidade humana e ao objetivo de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas, que prevê a educação inclusiva. Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se de bibliografia especializada, textos jurídico-normativos, assim como dados estatísticos. Averiguou-se a necessidade de aprimoramento das principais políticas públicas hoje utilizadas e do reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental, com o escopo de proporcionar a maximização da cidadania e promover uma educação de qualidade.

Palavras-chave: Inclusão digital; Educação digital; Dignidade humana; Direito à informação.

ABSTRACT: The advent of information and communication technologies has provided a broadening of social interaction

* Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Centro Universitário Curitiba.
Endereço eletrônico: alanjose2011@live.com

environments, especially in education and citizenship. Social networks, websites, multimedia technologies, among other informatics innovations, have made information, citizen participation and fundamental education more accessible. However, concomitant with computer facilities, there is a social phenomenon: digital exclusion. Therefore, the present scientific article intends to analyze the phenomenon of digital exclusion considering the opposite movement, the digital inclusion. In addition, studies have developed in the face of human dignity and the United Nations' goal of sustainable development, which provides for inclusive education. For the development of the present work we used specialized bibliography, legal-normative texts, as well as statistical data. The need to improve the main public policies used today and the recognition of digital inclusion as a fundamental right, with the aim of maximizing citizenship and promoting a quality education, was investigated.

Keywords: Digital inclusion; Digital education; Human dignity; Right to information.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito à Informação no Brasil; 2.1 Conceito; 2.2 Inclusão e acesso à informação digital; 2.3 Cidadania no meio digital; 3. Educação digital e políticas públicas; 3.1 Proinfo: uma análise da educação pública; 4 Agenda global 2030: objetivo 4 para o desenvolvimento sustentável (ODS 4); 5 Dignidade humana e inclusão digital; 5.1 Dignidade da pessoa humana; 5.2 Inclusão digital; 6 Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se, na contemporaneidade, um intensivo processo de informatização no Brasil e no mundo. Serviços públicos são prestados via *web*, as redes sociais ocupam significativo espaço na vida social dos indivíduos, o que torna inevitável a necessidade de adaptação do cidadão às novas tecnologias de informação e comunicação. Nessa perspectiva, surge o fenômeno social da exclusão digital, que reacende o debate da inclusão digital e políticas públicas sobre a temática, que é de interesse geral.

As escolas públicas brasileiras, não é de hoje, são desprovidas de infraestrutura que proporcione o estudo e o acesso, pelos alunos e professores, às novas tecnologias informáticas. Assim, surgem programas sociais, que apesar dos legítimos objetivos iniciais, mostram-se insuficientes para suprir o problema da exclusão digital, que acarreta em diversas desigualdades na sociedade.

Nesta toada, o presente texto pretende investigar como mitigar os efeitos da exclusão digital, analisando a inclusão digital e respectivas políticas públicas implementadas até o momento no Brasil, como o processo de informatização ocorre com relação ao acesso à informação, bem como a possibilidade de adotar a inclusão digital como direito, a fim de que possa ser frontalmente exigido na ordem jurídica nacional. Além disso, a presente pesquisa desenvolve-se à luz dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas, enfatizando-se o Objetivo 4, a educação inclusiva.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO NO BRASIL

Antes de adentrar na seara dos conceitos de direito à informação, faz-se necessária a distinção entre o direito à informação no âmbito público e o direito à informação no âmbito privado.

O Direito à informação no âmbito público pode ser entendido como aquele disciplinado pela lei nº 12.527/11, que visa dispor, principalmente, sobre o acesso à informação na Administração Pública, portanto, regulamenta o inciso XXXIII, do art. 5º, da Constituição da República. É, por exemplo, a possibilidade de o cidadão observar a atividade da Administração Pública e peticionar junto aos órgãos públicos, solicitando informações (MELLO, 2008, p. 114).

O direito à informação no âmbito privado perfaz-se na boa-fé (GOMES, 2008, p. 45), que segundo o art. 113, do Código Civil de 2002, deve permear os negócios jurídicos, o que abrange as relações negociais, contratuais etc. A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 4º, incisos III e IV, também prevê a boa-fé e a necessidade de plena informação entre as partes envolvidas no negócio jurídico. Ademais, o acesso à informação possui previsão genérica no art. 5º, inciso XIV, da Constituição vigente, que se limita a resguardar o sigilo da fonte e, solenemente, garantir a todos o acesso à informação.

Todavia, o direito à informação no Brasil está imerso em um ordenamento jurídico que pretende consubstanciar os direitos dos indivíduos, de modo a alcançar a cidadania plena. Por conseguinte, a mera previsão legal sem o efetivo acesso à informação primária não cumpre com o escopo da ordem jurídica brasileira.

Hoje, a informação é fundamentalmente digital, o que enseja a inclusão dos digitalmente excluídos, pois, de outra forma, sua cidadania seria negligenciada. Com o advento da Lei Complementar nº 131/09,

os portais da transparência foram criados, a fim de disponibilizar, para os cidadãos, o acesso às informações de gestão pública. Os diários oficiais dos governos permitem a visualização das leis e normativas do poder público. Há apenas um detalhe: essa informação é digital, portanto, nesse caso, disponibilizada na internet.

2.1 Conceito

Existem diferentes acepções doutrinárias acerca do direito à informação, dentre elas, a desenvolvida pelo professor José Afonso da Silva (2014, p. 262-263), que subdivide esse instituto jurídico em: liberdade de informar, remetendo-se à comunicação; e às informações prestadas pelo poder público. *In verbis*:

No capítulo da comunicação (arts. 220 a 224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV). No mesmo art. 5º, XIV e XXXIII, já temos a dimensão coletiva do direito à informação. O primeiro declara assegurado a todos o acesso à informação. E o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculados pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social.

O constitucionalista, como exposto, concebe que o direito à informação resta pontualmente previsto na Lei Maior. Nessa passagem, ressalta o direito à informação como direito individual. Abaixo, o

professor expõe o que seria esse direito face ao poder público, expressando o caráter coletivo deste:

O outro dispositivo trata de direito à informação mais específico, quando estatui que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Aí, como se vê do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual (SILVA, 2014, p. 262-263).

Em obra de direito comparado, Toby Mendel (2009, p. 162) também doutrina sobre o direito à informação. Na análise a que se prestou, esse estudioso reafirma o acesso à informação como integrante do direito ora em estudo, pressupõe este como um direito humano, além de acrescentar o aspecto da liberdade de expressão:

Estes benefícios utilitaristas do direito à informação são reconhecidos desde de, pelo menos, 1776, quando o conceito encontrou reconhecimento legislativo pela primeira vez na Suécia. De origem bem mais recente, contudo, é o reconhecimento do direito à informação como um direito humano fundamental, um aspecto do direito de liberdade de expressão que, ao amparo do direito internacional, garante não apenas o direito de transmitir, mas também de buscar e receber informações e ideias.

Marise Baesso Tristão e Christina Ferrar Musse (2013, p. 45),

consoante às teorias supramencionadas, afirmam que o direito à informação “[...] se refere à liberdade de ser informado e também de informar, ou seja, de se expressar.”

Assim, a informação como direito fundamental é uma construção histórica, possui previsão constitucional e infraconstitucional expressa, em termos de Brasil e, ainda, é máxima pacífica perante os juristas nacionais. Paulo Bonavides (2004, p. 571), inclusive, aprofunda-se na classificação do instituto, e percebe o direito à informação como um direito de quarta geração.

Conforme abordado no item antecedente, a informação, na atual conjuntura social, é principalmente digital. Isso ocorre tanto por questões de facilidade do compartilhamento de dados e de comunicação à distância, quanto por necessidades profissionais e educacionais, devidamente proporcionadas pelo desenvolvimento científico e tecnológico. É nesse contexto que a inclusão e educação daqueles desprovidos de informação digital torna-se uma exigência e um direito social do cidadão brasileiro.

2.2 Inclusão e acesso à informação digital

O acesso à informação digital, embora componente da inclusão digital, não implica necessariamente na inclusão dos usuários das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Existem outros fatores conducentes à inclusão. É, por exemplo, a capacidade que teria um indivíduo de utilizar as TICs conscientemente, criticamente e com responsabilidade, o que engloba habilitação e conhecimento (WARSCHAUER apud GONÇALVES, 2008, p. 28).

Igualmente plausível é sustentar que a inclusão e, ainda, em

contraponto a esta última, a exclusão (digital) existe além da ideia de dentro e fora, mas abrange todo o complexo envoltório do sujeito, suas particularidades culturais, linguísticas, com o escopo de atenuar a desigualdade (BUZATO, 2008, p. 326). Nesta toada, como ensina Victor Gonçalves (2011, p. 58), “A inclusão digital para índios mexicanos é diferente para o homem que vive na periferia de São Paulo.”

Pierre Lévy (1993, p. 196), originariamente, disserta a respeito:

Devemos antes entender um acesso a todos aos processos de inteligência coletiva, quer dizer, ao ciberespaço como sistema aberto de autocartografia dinâmica do real, de expressão das singularidades, de elaboração dos problemas, de confecção do laço social pela aprendizagem recíproca, e de livre navegação nos saberes. A perspectiva aqui traçada não incita de forma alguma a deixar o território para perder-se no “virtual”, nem a que um deles “imite” o outro, mas antes a utilizar o virtual para habitar ainda melhor o território, para tornar-se seu cidadão por inteiro.”

A partir de dados do IBGE analisados pela TELECO, em que se buscou aferir a quantidade de usuários de internet no Brasil, é possível afirmar que, embora existam milhares de cidadãos com acesso à internet, também existem milhares sem esse acesso. A título de exemplificação, em 2015, 57,5% da população foi considerada usuária dos serviços de internet (TELECO, 2015), ao passo que a população que se enquadra no percentual restante não é considerada usuária desses serviços. Isso sem ter em conta que a terminologia “usuário” não abarca a concepção de inclusão digital.

Além disso, neste seguimento, de acordo com o Índice de Oportunidade Digital mais recente da União Internacional de Telecomunicação (2007), o Brasil ainda não consta no rol de países cuja a oportunidade digital é satisfatória. Esse índice mede os seguintes aspectos: acessibilidade às TIC a preços acessíveis, residências equipadas com dispositivos TIC, cidadãos com dispositivos móveis TIC e, por fim, o uso de banda larga.

O Brasil, depois de sofrer quedas no ranking de TI do Fórum Econômico Mundial em 2014 (WORLD ECONOMIC FORUM, 2017), voltou a subir no ranking, em 2016, apesar de manter determinadas áreas estagnadas e cair em outras (WORLD ECONOMIC FORUM, 2017, p. 44). Em uma análise cuidadosa dos dados supracitados é possível afirmar que, apesar de melhor posicionado no ranking de TI do Fórum Econômico Mundial em 2016, não houve, em qualquer cenário, progresso. O ocorrido se deu em virtude de piora nos índices dos demais países estudados, e não em resultados positivos das políticas públicas adotadas pelo Brasil. Houve, certamente, um aumento no número de usuários, como é a tendência mundial.

Todavia, as políticas públicas, a infraestrutura, a regulamentação, etc., em âmbito nacional, ainda são passíveis de questionamento.

Destarte, inclusão e acesso à informação digital são interdependentes entre si, sendo plenamente constatável que a inexistência de um faz com que o outro pereça. Constatável porquanto o indivíduo, em dimensões nacionais e internacionais, mal tem o acesso às tecnologias de informação e comunicação, o que se dirá de ter o uso consciente e crítico, que advêm de uma educação e cultura a serem construídas e orientadas na informatividade?

2.3 Cidadania no meio digital

A cidadania, historicamente, foi concebida de maneiras diversas nas diferentes sociedades. No ocidente, as cidades-estado gregas, no geral, a título de ilustração, Atenas, restringia a cidadania aos homens, nascidos atenienses e maiores de dezoito anos. Em dimensões ocidentais, o conceito de cidadania foi se tornando mais amplo, especialmente com a Revolução Francesa de 1789, embora ainda restrito aos homens e, em algumas sociedades, à condição socioeconômica. Contemporânea e sociologicamente, Marshall concebe a cidadania como *status*, instituição e igualdade em direitos e obrigações (MARSHALL, 1967, p. 76).

Hoje, a cidadania é mais ampla e democrática, sendo direito social, como assevera Nelson Dacio Tomazi (2010, p. 139):

Ser cidadão é ter a garantia de todos os direitos civis, políticos e sociais que asseguram a possibilidade de uma vida plena. Esses direitos não foram conferidos, mas exigidos, integrados e assumidos pelas leis, pelas autoridades e pela população em geral. A cidadania também não é dada, mas construída em um processo de organização, participação e intervenção social de indivíduos ou de grupos sociais. Só na constante vigilância dos atos cotidianos o cidadão pode apropriar-se desses direitos, fazendo-os valer de fato. Se não houver essa exigência, eles ficarão no papel.

No Brasil, a cidadania é constitucionalmente assegurada a

ponto de a Carta Magna ser apelidada de Constituição Cidadã. Sufrágio universal (art. 14, *caput*), publicidade nos atos da Administração Pública (art. 37, *caput*), acesso à informação (art. 5º, XIV e LXXII), dentre outros direitos constitucionalmente previstos.

Todavia, percebe-se uma tendência à informatização não apenas das comunicações e relações sociais (GONÇALVES, 2011, p. 62), por meio das redes sociais e páginas da *web*, mas dos próprios serviços e informações públicas. Isso amplia a esfera da cidadania, que hoje não se cumpre desvinculada, mas interligada às redes informáticas e às TIC.

A Imprensa Nacional oficial, que por intermédio do Diário Oficial da União publica a legislação federal, decretos da presidência da república, normativas e atos relativos ao interesse nacional, etc., é plenamente informatizada. Como a redação do art. 3º da LINDB¹ se efetivaria sem a disponibilização pública da lei? O meio mais eficaz de se concretizar isso é a internet. Mediante a internet é possível não apenas disponibilizar a legislação, mas vincular as legislações que sejam correlatas.

Os portais da transparência, em especial, o Portal da Transparência do Governo Federal, são totalmente imersos na *web*. O fim último da transparência é evitar a alienação do cidadão alimentando a internet com informações públicas sobre a execução orçamentária.

Alguns Institutos de Identificação, órgãos geralmente vinculados às secretarias de segurança pública dos estados, como no Paraná, possibilitam o agendamento prévio do atendimento, via

¹ “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 9 de setembro de 1942.

internet.

Esses foram alguns exemplos de como o meio digital é parte da cidadania brasileira na atualidade, o que enseja a inclusão digital. Não obstante o acesso às TIC seja imprescindível, o uso despreparado não permite o verdadeiro exercício da cidadania – é necessária a educação digital de jovens e adultos.

3 EDUCAÇÃO DIGITAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

No plano jurídico, a educação é um direito social e, portanto, um direito humano fundamental.² Além disso, é dever do Estado e da família, “[...] visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.³ Em sentido abrangente, ainda, a educação

[...] deve ter um espectro amplo, desenvolvendo o ser humano em todas as suas facetas, efetivamente o preparando para a vida social, a familiar, para o trabalho e, de modo especial, para o exercício da cidadania. Nesse sentido, relevante se mostram ainda, a educação ambiental, a educação inclusiva, a educação do consumidor, que se inserem no contexto da vida moderna como uma

² Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. Capítulo 5.

³ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

exigência, com a consciência dos indivíduos sobre a busca constante de desenvolvimento econômico-social, sem deixar de proteger o meio-ambiente, sem deixar de enxergar as pessoas diferentes por qualquer razão, como iguais detentores de direitos etc. Ensinar isso hoje é garantir o sucesso das futuras gerações, pois a humanidade deve se desenvolver respeitando valores que nos são caros (JÚNIOR, 2009, p. 107).

Não obstante, o presente texto pretende tratar da educação (digital) promovida na seara do ensino fundamental e médio – o que abarca a educação de jovens e adultos – nas escolas públicas brasileiras, tendo em vista o propósito teórico de educação inclusiva, considerando, ainda, que a educação digital ressignifica a função da tecnologia na vida humana, proporcionando mudanças sociais no cotidiano escolar (PACHECO, 2011, p. 45).

Nesse prisma, Márcia Arantes Buiatti Pacheco (2011, p. 130) entende que a educação digital

[...] compreende a apreensão do discurso da tecnologia, não apenas no domínio operacional da máquina, e não somente na qualificação do sujeito para o mundo do trabalho, mas também na competência de o mesmo julgar a importância da tecnologia digital e suas finalidades relacionadas a uma perspectiva de inclusão/alfabetização digital, de políticas públicas e também de construção e cidadania.

Assim, a educação digital perfaz-se no complexo de políticas públicas, educação básica e cidadania. O modo de efetivar a cidadania,

especialmente com as novas tecnologias, pode se ampliar e incluir muitas populações. Todavia, a educação mostra-se o caminho mais sólido para isso, o que se maximiza por meio de políticas públicas. As políticas públicas são prestações positivas do Estado, sendo política pública “[...] a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. ” (PETERS apud SOUZA, 2006, p. 24).

Nota-se que as políticas públicas voltadas para a educação e inclusão digital, até hoje, visam associar as tecnologias digitais às práticas pedagógicas, bem como promover o acesso às TIC (PALÚ, 2016, p. 20). Nesse passo, faz-se necessário inquirir as principais políticas públicas que se destinam à educação digital, dentre elas, o ProInfo.

3.1 ProInfo: uma análise da educação pública

O Programa Nacional de Tecnologias na Educação (ProInfo), foi instituído em 1997, por intermédio da Portaria nº 522 do Ministério da Educação e do Desporto. Como consta do art. 1º da referida normativa, a finalidade era de “[...] disseminar o uso pedagógico das tecnologias de informática e telecomunicações nas escolas públicas de ensino fundamental e médio pertencentes às redes estadual e municipal. ” (BRASIL, 1997).

Em 2007, o Programa passou a ser denominado Programa Nacional de Tecnologia Educacional, dessa vez “[...] sendo redefinido como um programa educacional que busca promover o uso pedagógico da informática na rede pública de educação básica. ” (BASNIAK, 2016, p. 202). Da página oficial do Ministério da Educação extrai-se a

composição do programa em comento:

O MEC desenvolve, por meio do Proinfo Integrado, cursos de formação voltados para o uso didático-pedagógico das tecnologias da informação e comunicação (TIC) no cotidiano escolar. A oferta de cursos está articulada à distribuição de equipamentos tecnológicos nas escolas e de conteúdos e recursos multimídia e digitais no Portal do Professor, na TV Escola, no projeto DVD Escola, no portal Domínio Público e no Banco Internacional de Objetos Educacionais (FILIZOLA, 2013).

Todavia, os entes federativos, os Estados, Municípios e Distrito Federal, partícipes, devem assegurar a estrutura adequada aos moldes do Programa; além disso, exige-se turmas com, no mínimo, 30 (trinta) alunos matriculados, as escolas não devem possuir laboratório de informática e precisam ter energia elétrica (BASNIAK, 2016).

Nesse ponto, pode residir um obstáculo: se, nos mais favoráveis cenários, existem escolas desprovidas de infraestrutura elétrica, como é que se cogita dispensá-las de programas de aprimoramento e modernização por meio da educação digital? Além de implicar na exclusão de algumas escolas, esse critério torna ainda mais destoante a realidade das escolas públicas no Brasil. Com relação ao segundo critério, o critério da inexistência de laboratórios, registre-se que mesmo em instituições de ensino que, penosamente, se têm computadores, ou estes são absurdamente antigos, ou os alunos ainda se revezam entre o *mouse* e o teclado.

As escolas são selecionadas através de dados do Censo Escolar e do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), sendo

priorizada as que tiveram IDEB abaixo de 2 (BASNIAK, 2016). Um critério coerente, pois visa a igualdade simples.

Com a implementação do Programa nas escolas selecionadas, além da implantação, nos computadores, do sistema operacional Linux Ubuntu, espera-se que os laboratórios do ProInfo sejam de dois formatos:

ProInfo Urbano (composto por: 1 servidor de rede, 15 estações para o laboratório de informática, 2 estações para área administrativa, monitores LCD, 1 roteador *wireless*, 1 impressora a *laser*) e Rural (composto por: 1 servidor, 4 estações, monitores LCD, 1 impressora a jato de tinta). As estações consistem em multiterminais, uma tecnologia desenvolvida pela Universidade Federal do Paraná que consiste em ligar vários monitores, teclados e *mouses* em um único terminal (BASNIAK, 2016, p. 202).

Conforme sobredito, em 2007 o ProInfo sofreu implementações, dentre elas a instituição do ProInfo integrado, cujo propósito foi a “[...] formação voltada para o uso didático-pedagógico das tecnologias da informação e comunicação no cotidiano escolar” (BASNIAK, 2016, p. 203).

Outra implementação foi o Programa Um Computador por Aluno (PROUCA), que foi pré-implantado em 2007, sendo finalmente criado pela Lei nº 12.249/2010, disciplinado a partir do art. 6º dessa lei. Consta do art. 7º da mencionada lei os objetivos do programa, quais sejam, a promoção da inclusão digital nas escolas públicas mediante a

aquisição de aparelhos informatizados.⁴

Maria Ivete Basniak e Maria Tereza Carneiro Soares, em recente trabalho científico, realizaram um levantamento de teses e dissertações publicadas nos últimos 12 (doze) anos, com o escopo de analisar os efeitos do ProInfo.

Das conclusões as quais chegaram, extrai-se que: (1) os recursos tecnológicos não são tratados como instrumentos de ensino, prevalecendo o caráter instrucionalista das aulas, sem aproveitar as potencialidades que as tecnologias podem proporcionar ao ensino; (2) há morosidade na implementação do ProInfo e da disponibilização da infraestrutura prevista; (3) a disponibilização de equipamentos não garante a qualidade da educação; (4) existem interesses econômicos por detrás das políticas do programa; (5) é necessária a formação continuada do professor, além de aprimoramento na qualificação daqueles que se destinam a qualificar o educador (BASNIAK, 2016). Sobre essa última máxima, escrevem:

Há necessidade de que as políticas de formação de professores e de tecnologias na educação apresentem propostas que atendam à demanda de legitimar a formação contínua do professor atrelada à carreira docente, a qual deve se dar no

⁴ Art. 7º O Prouca tem o objetivo de promover a inclusão digital nas escolas das redes públicas de ensino federal, estadual, distrital, municipal ou nas escolas sem fins lucrativos de atendimento a pessoas com deficiência, mediante a aquisição e a utilização de soluções de informática, constituídas de equipamentos de informática, de programas de computador (software) neles instalados e de suporte e assistência técnica necessários ao seu funcionamento. BRASIL. Lei nº 12.249 de 11 de Junho de 2010. Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – REPENEC; cria o Programa Um Computador por Aluno – PROUCA... **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12249.htm>.

decorrer do seu trabalho, e não de forma esporádica e descontextualizada de sua rotina profissional (BASNIAK, 2016, p. 211).

Ou seja, o ProInfo como política pública ampliou as possibilidades dentro e fora de sala de aula, pretendeu disponibilizar as novas tecnologias, além de oferecer cursos aos professores para a educação digital. Porém, ainda existem diversos pontos a serem aperfeiçoados, muitos deles já dispersos no teor deste texto.

O ProInfo ainda não possibilita a inclusão digital, que está além do acesso, enseja educação e cultura digitais, além de necessitar de maior cogência para a sua possível universalização, isto porque a adoção do programa está no âmbito da discricionariedade dos entes federados.

Nesse passo, ressalta-se a importância do reconhecimento objetivo da inclusão digital como direito fundamental, caso contrário, vê-se a cabal possibilidade de se negligenciar, estruturalmente, diversos direitos sociais constitucionalmente previstos no ordenamento. Há tentativas internacionais de proteção à educação inclusiva, que neste trabalho centra-se na educação digital.

4 AGENDA GLOBAL 2030: OBJETIVO 4 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS 4)

A Agenda 2030 é uma declaração que foi adotada e ratificada por 193 países-membros das Nações Unidas, como o Brasil, no ano de 2015. Tem origem nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que deveriam ter sido atingidos naquele ano. Nesse Documento, existem dezessete Objetivos de Desenvolvimento

Sustentável (ODS), assim como as respectivas 169 metas. Tais objetivos devem ser atingidos até o ano de 2030 (ONU BRASIL, 2017).

Dentre os ODS, existe o ODS 4, que trata da educação inclusiva, foco deste texto. Mais especificamente, o ODS 4, tendo em vista a educação de qualidade, possui o seguinte enunciado: “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (ONU BRASIL, 2017). Das metas relativas ao ODS em tela, destaca-se a 4.1 como sendo a mola propulsora da inclusão digital na educação básica: “4.1 Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes”, e, na mesma seara, o 4.c, que dita:

Até 2030, substancialmente aumentar o contingente de professores qualificados, inclusive por meio da cooperação internacional para a formação de professores, nos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento (ONU BRASIL, 2017).

Este último item é de suma importância, pois, como aventado, a qualificação dos professores é fator determinante na educação de qualidade, especialmente educação digital. Nas ações voltadas para o cumprimento do Plano Nacional da Educação (PNE) e do ODS 4 no Brasil, o Tribunal de Contas da União (TCU) assevera:

O PNE está diretamente ligado ao ODS 04 (Educação de Qualidade) e prevê a garantia de direito à educação básica de qualidade, de ampliação das oportunidades educacionais, de

redução das desigualdades e de valorização dos profissionais de educação, dentre outros objetivos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2016, p. 18-19).

Nesse passo, a educação digital, como promotora das oportunidades educacionais e, ainda, a inclusão digital como redutora das desigualdades, são perspectivas educacionais de relevância prática para a consecução dos fins do ODS 4 no Brasil. Além disso, tal concepção encontra-se visceralmente ligada a uma ideia fundamental: a dignidade da pessoa humana.

5 DIGNIDADE HUMANA E INCLUSÃO DIGITAL

5.1 Dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio/norma da dignidade da pessoa humana consta do art. 1º, inciso III, da Carta Magna. Construção histórica cujo início é impreciso, a dignidade é pauta de discussões desde a antiguidade clássica. Todavia, a ideia de uma dignidade especificamente humana cria contornos durante a idade moderna, sendo produto do humanismo renascentista que se consolidou com o iluminismo (WEYNE, 2013, p. 30).

Além disso, é intrínseco aos progressos históricos a morosidade, sendo-lhes inerentes “[...] adaptações subseqüentes às invenções de novos paradigmas aplicados a fatos antigos, recomposições desses fatos em um novo sistema em torno de um novo núcleo dotado de sentido” (PECES-BARBA apud WEYNE, 2013, p. 50), o que expõe o caráter dinâmico e contextualizável do princípio em tela.

Na modernidade, a ideia de dignidade humana origina-se da

associação com a ideia de ética segundo a qual “[...] a consciência é a principal fonte moral, de modo que todo ser humano pode, através dela, determinar por si só o que é bom e o que é mau, como se a sua “voz” fosse única e original em cada indivíduo” (WEYNE, 2013, p. 79-80).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), em seu Preâmbulo, também reconhece a dignidade humana como sendo inerente a todos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (ONU, 2014, p. 2).

Assim, não obstante se reconheça a disparidade de conceitos, apresentam-se, nesse texto, algumas perspectivas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como a defendida por José Joaquim Gomes Canotilho (apud SILVA, 2014, p. 107), que entende que a dignidade humana transcende a concepção de direitos individuais, sendo direito social.

Daniel Sarmiento (2016) ensina que a dignidade humana é a fonte dos direitos fundamentais não enumerados na Constituição da República, possuindo caráter integrador da ordem jurídica nacional. Com relação ao conteúdo desse princípio, afirma:

[...] detectam-se cinco componentes básicos da dignidade: valor intrínseco, autonomia (privada e pública), igualdade, mínimo existencial e reconhecimento. A igualdade, porém, já é completamente abarcada pelo princípio da isonomia (art. 5º, caput, CF). Assim, o conteúdo fundamental do princípio da dignidade humana na ordem jurídica brasileira abrange quatro componentes: valor intrínseco da pessoa,

autonomia, mínimo existencial e reconhecimento (SARMENTO, 2016, p. 327).

Há quem sustente, ainda, que a dignidade da pessoa humana se consubstancia nos direitos sociais. O presente trabalho parte dessa ideia, a fim de investigá-la e identificar suas nuances no que diz respeito à inclusão digital. Diante de todo o exposto, a exclusão digital não casa com a dignidade humana, do contrário: “A exclusão digital implica exclusão social, uma vez que as principais atividades econômicas, relacionais, governamentais e culturais migram para o ciberespaço” (FREIRE, 2011, p. 4433), ou seja, não há que se falar em cidadania sem inclusão digital. Não há que se falar em educação sem inclusão digital. Não há que se falar em dignidade humana sem inclusão digital.

5.2 Inclusão digital

Até aqui, expôs-se e dissertou-se a respeito da educação digital, do acesso à informação (digital), da dignidade humana, das políticas públicas, e diluiu-se a discussão sobre inclusão digital. Todas essas outras acepções e modos de promover a inclusão são pressupostos da inclusão digital. Contudo, faz-se necessária uma incursão em ideias finais, a fim de se clarear o argumento da inclusão digital.

Victor Hugo Pereira Gonçalves entende a inclusão digital como direito. Por conseguinte, defende que esta coexiste com os direitos fundamentais – é um direito humano fundamental –, bem como proporciona palco para efetivá-los. Sobre a terminologia e no que implica a inclusão digital, afirma:

A terminologia inclusão digital contém esta carga valorativa e histórica que é transferida à necessidade que os cidadãos possuem de estar

inseridos no contexto do mundo digital, em termos de acesso à informação e ao conhecimento, bem como à produção de conteúdos relevantes. Assim, a inclusão digital pode efetivar, de fato, nas lutas, embates e desvelamentos que fomenta uma possibilidade de realização de todos os direitos fundamentais decorrentes das liberdades de expressão, comunicação, informação, acesso à educação, cultura, novas formas de participação política. Novas formas de relação entre governantes e governados. Nesta perspectiva axiológica, a inclusão digital pode ser apropriada pelas pessoas, diferentemente da posse dos produtos e das tecnologias para a superação de determinadas condições sociais, econômicas e históricas (GONÇALVES, 2011, p. 108-109).

Diante disso, a inclusão digital é um direito entre direitos (GONÇALVES, 2011), faz parte de um processo de educação, e ensina conhecimento e habilidades capazes de promover o senso crítico. Além disso, não se trata apenas de disponibilizar as TCI, mas de capacitar os usuários, com a finalidade de lhes proporcionar o uso consciente, pois, como se viu, existem no Brasil, hoje, inúmeros instrumentos de controle público no meio digital, e estes podem otimizar e maximizar a cidadania.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evidente informatização dos serviços públicos, da educação em geral, dos processos de interação social, dentre outros temas e

subtemas, foi temática abordada em diversos tópicos desta pesquisa.

A informação, sob a perspectiva digital, deve ser para todos, especialmente quando serviços públicos são prestados no meio digital. Certidões negativas, programas sociais, orçamento público, legislação, demandas judiciais, dentre outros exemplos, viabilizam e desafogam a máquina estatal, proporcionam facilidades tanto aos administrados, quanto à Administração Pública. Todavia, nada disso pode ser efetivo sem o acesso à informação, que no âmbito digital se dá através das tecnologias de informação e comunicação. O Brasil, com as atuais políticas públicas, pode dar conta dessas desigualdades. Porém, existe um outro direito visceralmente ligado à informação digital: a inclusão digital.

A inclusão digital enseja políticas públicas de educação digital. Nesse âmbito, não devem focar apenas na disponibilização, por exemplo, às escolas, de televisões adaptadas a tecnologias de compartilhamento de mídia e laboratórios de informática: se os alunos não souberem utilizar crítica e minimamente esses instrumentos tecnológicos, não há inclusão digital. Há acesso, há instrumentalização e multiplicidade de equipamentos para as aulas, mas não educação digital.

A efetividade das políticas públicas analisadas, sustenta-se, inexistente pelo fato de a implantação de políticas emancipatórias residirem no âmbito da discricionariedade dos gestores dos entes federados. O ProInfo, a título de ilustração, não é obrigatório aos Estados e Municípios. Além disso, para a prestação desses serviços públicos, é necessária a coalização entre Governo federal e os entes envolvidos, sob pena de se tornar um desserviço e atividade onerosa demais ao poder público e à população.

Outro aspecto a ser considerado é a capacitação dos profissionais da educação. O ProInfo já proporciona isso, mas, ainda assim, cabe ao profissional ir atrás. E os profissionais vão. Todavia, possuem horários de aula a cumprir, horas-atividade, além do fato de se presumir conhecimento básico em informática. Propõe-se, para isso, o seguinte: horários acessíveis aos profissionais, bem como cursos em todos os níveis de aprendizagem.

A inclusão digital, na perspectiva deste texto, foi enfrentada como direito humano fundamental. Não apenas pelo fato de que sua ausência impossibilita atualmente uma vida digna – o que, por si só, é suficiente para legitimar a relevância da discussão –, mas também por ser exigência em dimensão internacional: desde a criação das metas do milênio tem-se como objetivo a promoção de oportunidades para o aprendizado tecnológico como elo à qualidade de ensino.

A agenda global 2030, que sucedeu as metas do milênio, consubstancia a exigência no objetivo nº 4 para o desenvolvimento sustentável, que prevê a educação inclusiva. Nesta perspectiva, a inclusão digital está para o direito à educação, direito constitucionalmente garantido na ordem jurídica nacional, e positivado na ordem jurídica transnacional.

REFERÊNCIAS

BASNIAK, Maria Ivete; SOARES, Maria Tereza Carneiro. O ProInfo e a disseminação da Tecnologia Educacional no Brasil. **Educação Unisinos**, vol. 20, núm. 2, maio-agosto, 2016, pp. 201-214, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Brasil.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª edição.

São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 9 de setembro de 1942.

_____, Ministério da Educação e do Desporto. Portaria nº 522, de 9 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me001167.pdf>>.

_____. Lei nº 12.249 de 11 de Junho de 2010. Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste – REPENEC; cria o Programa Um Computador por Aluno – PROUCA... **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112249.htm>.

BUZATO, Marcelo El Khouri. Inclusão digital como invenção do cotidiano: um estudo de caso. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 38, ago. 2008. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n38/10.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital apud SILVA, José

Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

CARTILHA. CUNHA, Juliana Andrade; NEJM, Rodrigo (Organ.). **Dialogo Virtual 2.0: Preocupado com o que acontece na internet quer conversar**. 4. Ed. Salvador: SaferNet Brasil, 2015.

COMITÊ PARA DEMOCRATIZAÇÃO DA INFORMÁTICA (CDISC). **Histórico Comitê Para Democratização da Informática**. Disponível em: <<http://www.cdisc.org.br/conheca-o-comite-para-democratizacao-da-informatica>>. Acesso em: 07/01/2017.

FILIZOLA, Paula. Ministério da Educação. **MEC oferecerá especialização para professor da rede pública**. 2013. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/222-537011943/18711-mec-oferecera-especializacao-para-professor-da-rede-publica>>.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. In: **Encontro Nacional do CONPEDI**, 20., 2011, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte, 2011, p. 4433-4445.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental**. 135 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

International Telecommunication Union (ITU). **Digital Opportunity Index (DOI)**. Disponível em: <<http://www.itu.int/ITU-D/ict/doi/>>. Acesso em: 07/01/2017.

JÚNIOR, Eduardo Martines. **As Instituições de Educação Superior e as Autoridades Estatais: Autonomia e Controle**. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.). **Direito à Educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. Tradução Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDEL, Toby. **Liberdade de informação: um estudo de direito comparado**. 2ª ed. Brasília: UNESCO, 2009.

ONU BRASIL. **A Agenda 2030 e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/aagenda2030.php>>. Acesso em: 07/01/2017.

ONU BRASIL. **Objetivo 4.** Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>>. Acesso em: 07/01/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 2014. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>.

PACHECO, Márcia Arantes Buiatti. **Educação Digital:** uma perspectiva de inclusão no cotidiano da escola. 172 f. Dissertação (Mestrado em Educação), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

PALÚ, Janete. **Núcleo de Tecnologia Educacional:** Contribuições e Desafios no Processo de Implantação e Fortalecimento da Cultura Digital nas Escolas da Gerência Regional de São Miguel do Oeste. 190 f. Monografia (Especialização em Educação na Cultura Digital), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

PETERS, B. G apud SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**

Positivo. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

TELECO. **Usuários de Internet no Brasil.** Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/internet.asp>>. Acesso em: 07/01/2017.

TOMAZI, Nelson Dacio. **Sociologia** para o ensino médio. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU: ações voltadas para o cumprimento do PNE e do ODS 4.** Revista TCU, maio/agosto de 2016. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojsp/index.php/RTCU/article/download/1365/1513>>.

TRISTAO, Marise Baesso; MUSSE, Christina Ferraz. O direito à informação e o (ainda restrito) espaço cidadão no Jornalismo Popular impresso. Intercom, **Rev. Bras. Ciênc. Comun.**, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 39-59, jun., 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180958442013000100003&lng=en &nrm=iso>. Acesso em: 08 de janeiro de 2017.

WARSCHAUER, Mark apud GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Inclusão digital como direito fundamental.** 135 f. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WILNER, Adriana; ALVES, Aquino Mário; VASCONCELOS, Flávio de Carvalho. Comitê para Democratização da Informática (CDI): uma Franquia Social. **In: Encontro da ANPAD**, 31, 2007, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2007/EPQ/2007_EPQA3214.pdf>.

World Economic Forum. **Brazil Global Competitiveness Index 2016-2017 edition**. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/country-profiles/#economy=BRA>>. Acesso em 07/01/2017.

_____. **The Global Information Technology Report 2016**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/GITR2016/WEF_GITR_Full_Report.pdf>. Acesso em: 07/01/2017.

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUAS POSSÍVEIS INTERSEÇÕES COM AS TEORIAS SOCIOLOGICAS DO CRIME

*Brenda Capinã Botelho Costa**

RESUMO: Este trabalho apresenta o conceito de coculpabilidade, evidenciando suas raízes no Direito Penal. Esta construção teórica ganhou destaque no final do século XX. A coculpabilidade é a admissão da corresponsabilidade do Estado quando o indivíduo excluído socialmente e privado dos meios de desenvolvimento comete um delito. A partir da evidenciação desse princípio e da possibilidade de sua aplicação no campo penal, busca-se também estender ao entendimento deste instituto uma abordagem sociológica. Portanto, observam-se as possíveis interseções desta construção teórica na seara das teorias sociológicas do crime desenvolvidas por Durkheim, Merton, Richard Cloward e Lloyd Ohlin, bem como a Escola de Chicago, no afã de analisar, no que tange à coculpabilidade, a complexidade das relações entre o Direito e a realidade social.

Palavras-chave: Coculpabilidade. Sociologia Jurídica. Terias sociológicas do crime. Direito Penal. Direito e Realidade Social. Corresponsabilidade.

ABSTRACT: This paper introduces the concept of co-guilt, which is an object of the criminal law field. This theoretical construction has its origins in end the 20th century. The co-guilt is the recognition of the responsibility of the State in the crime committed by an individual who is social marginalized. Besides the comprehension of this principle, it is proposed the possibility of its application in the Brazilian criminal system. Therefore, it is added to the concept of co-guilt the analysis of

* Graduada em Direito, estudante do 9º semestre. E-mail: brenda_capinan@hotmail.com.

the Sociological Mainstream Theories in Criminology created by Durkheim, Merton, Cloward and Ohlin, and the Chicago School, in an aim of presenting the relations between the Law and the social reality.

Keywords: Co-guilt. Legal sociology. Sociological mainstream theories in criminology. Law and social reality. Co-responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O princípio da coculpabilidade; 2.1 O conceito de coculpabilidade; 2.2 Coculpabilidade e dosimetria da pena; 3 A coculpabilidade e algumas possíveis interseções com as teorias sociológicas do crime; 3.1 Durkheim: Abordagem clássica da teoria do crime; 3.2 Robert Merton e a teoria da tensão; 3.3 Richard Cloward e Lloyd Ohlin: As subculturas delinquentes; 3.4 Escola de Chicago: Ecologia humana e zonas concêntricas no espaço urbano; 4 Conclusão; Referências

1 INTRODUÇÃO

O estudo da coculpabilidade tem seu cerne na discussão acerca da corresponsabilidade estatal no cometimento de crimes por sujeitos marginalizados e privados de direitos. Dessa forma, o Estado compartilha da culpa com o autor do delito, que deve ter sua pena atenuada. Esse princípio ainda carece de aprofundamento no campo doutrinário, entretanto, como marco teórico da introdução do tema no direito latino-americano temos, principalmente, Eugenio Raúl Zaffaroni e Grégore Moura.

Se, no campo acadêmico, ainda se trata de um conteúdo pouco conhecido, mais difícil ainda é encontrar concepções bem

desenvolvidas acerca de sua aplicação prática. Todavia, a questão da coculpabilidade é de notável e crescente importância no Direito Penal contemporâneo, visto que influencia diretamente na aplicação da pena pelo magistrado, que se mostra ciente da inserção do indivíduo delinquente na sociedade de consumo competitiva e desigual. Portanto, este instituto configura-se como um notável meio de aproximação entre o Direito e a realidade social, possibilitando uma análise que vai além da ciência penal e relaciona-se com outras áreas do conhecimento, tal como a Sociologia Jurídica, especialmente no que tange às teorias sociológicas do crime.

Então, tem-se como objetivo geral deste artigo compreender o princípio da coculpabilidade e suas interseções teóricas no ramo específico da sociologia. Já os objetivos específicos são: evidenciar o conceito de coculpabilidade e seu breve histórico, discutir a possibilidade de sua aplicação na esfera penal e analisar o princípio da coculpabilidade mediante as teorias sociológicas do crime.

Em relação ao plano metodológico, a pesquisa se deu de forma bibliográfica e documental. Numa abordagem qualitativa, busca-se não só entender o conhecimento dogmático jurídico, como também explorar os desdobramentos deste sobre os fenômenos sociais. De maneira descritiva, propõe-se aprimorar os conhecimentos acerca da coculpabilidade e proporcionar novas reflexões em âmbito interdisciplinar.

Nesta análise, serão consideradas as teorias sociológicas do crime desenvolvidas por Émile Durkheim, Robert Merton, Richard Cloward e Lloyd Ohlin, bem como a Escola de Chicago, inter-relacionando-as com o supracitado princípio.

2 O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE

2.1 O conceito de cculpabilidade

Culpabilidade é uma palavra plurívica no âmbito do Direito Penal, utilizada em diferentes contextos. No que tange ao princípio da culpabilidade, em termos generalíssimos, é uma noção de reprovação conjunta que incide sobre determinada conduta. Nesse sentido, figura como circunstância judicial, prevista no art. 59 do Código Penal Brasileiro (Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940), a ser levada em consideração no momento da dosimetria da pena pelo juiz, de forma que a gravidade desta deve variar proporcionalmente ao grau de censurabilidade que o ato criminoso faz incidir na sociedade (QUEIROZ, 2013).

Quanto à cculpabilidade, é difícil precisar seu processo de desenvolvimento histórico devido à escassez de fontes acerca do tema. Zaffaroni (2011) traz essa dificuldade teórica e, quanto aos primórdios do conceito, faz referência ao médico Jean Paul Marat, que trouxe os primeiros questionamentos nessa área, ainda no século XVIII. O autor sinaliza que esse pensamento, hodiernamente, está incluído nas bases da ordem jurídica de qualquer Estado Social de Direito. Paulo Queiroz, sobre o assunto do marco histórico do conceito de cculpabilidade, citando Zaffaroni, explana:

Jean Paul Marat, médico e revolucionário francês, partindo da tese contratualista, faz a si mesmo a pergunta: "... em tal situação, os indivíduos que não obtinham da sociedade mais do que desvantagens estavam obrigados a respeitar as leis", para, em seguida, responder categoricamente: "Não, sem dúvida. Se a sociedade os abandona, retornam ao estado de natureza e recobram pela força, os direitos que somente alienaram para obter vantagens maiores; toda autoridade que se lhes oponha será tirânica e o juiz que os condene à morte não será mais que

um simples assassino”. (QUEIROZ, 2013, p. 1)

Observa-se, a partir desse trecho, clara referência às ideias contratualistas de Rousseau, trazidas na obra “Do contrato social”. Para manter ordem e a segurança, o indivíduo abre mão de parte de sua liberdade a um soberano (figura representativa do Estado) e, em contrapartida, este deve fornecer condições básicas de desenvolvimento e segurança em retorno a esse cidadão. De outra monta, se o Estado falha em promover o que foi acordado, o pacto social está violado, de maneira que o cidadão não se veria mais obrigado em agir conforme as regras do soberano, podendo retornar a um estado de barbárie, uma vez que cada um procurará exercer desenfreadamente suas liberdades individuais.

No âmbito jurídico, essas ideias foram incorporadas pela Escola Liberal Clássica do Direito Penal, no século XVIII. Assim, passou-se a questionar que, quando o Estado não cumpre suas funções garantidoras e não protege os indivíduos marginalizados, há uma quebra do contrato social, e, dessa forma, o indivíduo também não teria o dever de cumprir sua parte no acordo e, se vier a delinquir, o Estado possui também sua parcela de culpa uma vez que deixou de prover condições mínimas de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana aos cidadãos (MOURA, 2006).

Posteriormente, já no século XX, o primeiro diploma legal a fazer alusão direta à corresponsabilidade estatal no cometimento de certos delitos foi o Código Penal alemão de 1971, em seu art. 5º, inciso I. Neste, consta que o sujeito só poderia ser responsabilizado em medida das possibilidades que lhes foram oferecidas durante a sua vida. (ZAFFARONI, 2011)

Como desdobramento dessa ideia, na América Latina, alguns autores, notadamente Grégore Moura e Eugenio Raúl Zaffaroni, desenvolveram o conceito de princípio da coculpabilidade, o qual

poderia ser utilizado como diretamente suprallegal de culpabilidade, com consequências na aplicação – ou até na não aplicação – da pena. Dessa forma, o princípio da coculpabilidade é a admissão da existência de uma responsabilidade compartilhada entre o Estado e o indivíduo delinquente que fora privado de elementos básicos para uma vida digna como saúde, educação, moradia digna etc., e, portanto, tem sua autodeterminação prejudicada. Nesse sentido, aponta Zaffaroni:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘coculpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. (ZAFFARONI, 2011, p. 529)

Assim, a coculpabilidade admite divisão da responsabilidade entre o Estado e o cidadão que, submetido a contínuo processo de exclusão social, vem a delinquir. Esse delito pode, por conseguinte, ser entendido como uma consequência da omissão estatal em promover oportunidades sociais a todos. Em claro comprometimento dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o Estado atua de maneira a fornecer subsídios, seja de forma omissiva ou comissiva, à prática delituosa cometida por indivíduos vulneráveis.

Destarte, compreender o conceito de princípio é condição *sine qua non* para apreender a possibilidade de aplicar do instituto da coculpabilidade no Direito brasileiro. Para Alexy (2008), o Direito está em necessária conexão com a moral, mas, no geral, em seu sentido jurídico, funda-se nas concepções comunitárias recíprocas de instrumentos reguladores da convivência, inseridos em uma estrutura social generalizada por expectativas normativas de comportamento. Nesse diapasão, os princípios são normas de abrangência aberta utilizadas como mandados de otimização que servem de fundamento a todo o sistema jurídico. Em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais”, Alexy conceitua:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (*Idem*, p. 90)

Portanto, reconhecer o Estado, na medida de sua culpabilidade, como responsável pelo enveredamento na criminalidade por indivíduos sem quaisquer alternativas é também garantir a otimização e aplicação de princípios máximos constitucionais que devem ter efeito irradiante para todo o ordenamento jurídico. Podendo-se, pois, entender a coculpabilidade como um princípio constitucional implícito, tal qual aponta Grégore Moura:

O princípio da coculpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação

diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal. (MOURA, 2006, p. 36)

Cabe salientar que a coculpabilidade não estabelece atuação criminosa por parte do Estado na realização do delito. Visto que, diante do *jus puniendi* estatal, o Estado não pode figurar na posição de sujeito ativo de um crime, porquanto não concorreu diretamente na realização do delito. Contudo, leva-se em consideração a *mea culpa* do soberano, expressa em suas omissões e falhas, as quais levaram o indivíduo à delinquência e devem ser consideradas pelo juiz no momento da aplicação da pena, da maneira exposta no tópico seguinte.

2.2 Coculpabilidade e dosimetria da pena

O sujeito delinquente passa por diversos processos de criminalização. A doutrina sinaliza a existência de dois tipos. A primária é aquela que se origina na própria organização do sistema penal. Evidencia-se na maior preocupação em tutelar determinados bens jurídicos, seja com a tipificação extensiva de condutas ou na rigidez de suas penas. A secundária, por sua vez, ocorre de forma mais ampla e é, muitas vezes, desconsiderada. Inicia-se com o próprio tratamento dado pela polícia a certos grupos marginalizados e perdura mesmo após o sujeito ter cumprido com sua dívida com a sociedade por meio do cumprimento de pena. Exemplo desta última é a redução das oportunidades de emprego para o ex-presidiário, que afeta, maciçamente, os grupos mais pobres da população.

Ocorre que a Constituição Federal elegeu o princípio da individualização da pena como um direito fundamental, conforme se vê

de seu art. 5º, inciso XLVI.¹ Por conseguinte, na fase judicial, a pena deverá ser individualizada levando-se em consideração as características do ato delituoso e seu sujeito ativo, seguindo os procedimentos previstos no âmbito legal.

Em ambos os contextos, seja no etiquetamento de condutas ou no tratamento dispensado aos sujeitos nos casos concretos, o Estado atua de forma seletiva. Porquanto, os entes estatais incorrem como principais agentes na definição não só do crime, como também do criminoso, notadamente através de juízes e promotores, que realizam seu mister sob o manto de uma suposta neutralidade fundamentada na universalidade da lei, o que lhes confere espaço para ampla margem de atuação e até mesmo negativa da própria natureza seletiva de seus atos enquanto parte das estruturas estatais. Essas afirmações encontram amparo em pesquisa empírica realizada por Oscar Mellim Filho em processos criminais julgados no estado de São Paulo e, sobre a seletividade do sistema penal, apontou as seguintes constatações:

O resultado da seleção que se faz, de forma expressiva, sobre suspeitos da prática de crimes de tráfico de drogas e crimes patrimoniais, como furto e roubo, não poderia ser outro. No Estado de São Paulo, segundo dados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), a maior parte dos presos com condenação definitiva refere-se a condenados por crimes de roubo, furto e tráfico de drogas. As faixas etárias predominantes são entre dezoito e vinte e quatro anos e entre vinte e cinco e vinte e nove anos de

¹ Art. 5º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

idade. Os condenados por tráfico de droga são, invariavelmente, os pequenos passadores e revendedores, postados em zonas periféricas das cidades, componentes de uma rede de miseráveis e subempregados, que atuam visivelmente à frente da Polícia. Número expressivo das mulheres condenadas e presas é de vendedoras de drogas habitantes de áreas periféricas, sendo muitas delas o único sustentáculo da sobrevivência familiar ou auxiliares no parco orçamento doméstico. (MELIM FILHO, 2010, p. 257)

Para esses tipos de caso é que se aponta a necessidade de consideração da coculpabilidade estatal no momento da dosimetria da pena. A aplicação da pena é o momento culminante da aplicação do Direito Penal, devendo ser observado não só o fato, como também devidamente consideradas as condições pessoais do autor para que seja a pena possa ser quantificada de forma justa.

Segundo Basileu Garcia, em definição amplamente difundida no âmbito jurídico, “[...] *pena* é o *sofrimento* imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração criminal” (GARCIA, 1980, p. 405). Esta conceituação se apresenta a mais adequada ao aspecto abordado nesse trabalho, porquanto, no momento que realizar a mensuração da pena levando em consideração o princípio da coculpabilidade, o juiz deverá ter consciência de que o Estado está infligindo sofrimento àquele sujeito por um ato que a própria estrutura estatal teve parcela de responsabilidade pelo cometimento.

Conforme preleciona o art. 59 do Código Penal Brasileiro, o magistrado deverá estabelecer a pena em conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, para tanto, considerará culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, assim como o comportamento da vítima.

Embora não haja referência expressa à coculpabilidade nesse dispositivo basilar para a fase judicial de individualização das penas ou em nenhuma outra passagem do Código Penal, sua aplicação pode ser justificada pela interpretação extensiva do art. 66² do referido diploma legal, incluído pela Lei 7.209/84, que prevê a chamada atenuante inominada. Sobre este dispositivo, afirma Boschi:

A despeito da fórmula do artigo 66 condicionando a antecedência ou a superveniência da circunstância relevante, parece-nos que, em linha do princípio, o juiz também poderia, amparado na razão jurídica que enseja o perdão judicial e atendendo a equidade e a proporcionalidade, abrandar a pena se verificar, por exemplo, a presença de circunstância concomitante que cause para o acusado uma particular desgraça, fora dos casos previstos em lei. (BOSCHI, 2013, p. 234)

Entretanto, este não tem sido o entendimento dos tribunais pátrios acerca do tema. O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2008, em sede do HC-116972/MS, enfrentou diretamente a possibilidade aplicação do princípio da coculpabilidade e, conservadoramente, esta foi negada. Veja-se parte do acórdão da referida decisão acerca do tema:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E OMISSÃO DE CADÁVER. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. DESFAVORABILIDADE. MODUS OPERANDI. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE. INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.

² Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. SEGUNDA E TERCEIRA QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTES GENÉRICAS. PERMISSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVIDADE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

1. Não há como se acoimar de ilegal a sentença condenatória no ponto em que procedeu ao aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a elevada reprovabilidade da conduta delituosa praticada, bem evidenciada pelo *modus operandi* empregado no cometimento do delito.

2. Impossível acolher-se a teoria da Co-Culpabilidade para mitigar a reprovação da conduta do agente no caso, pois além de essa matéria não ter sido analisada pelo Tribunal de origem, o que impediria a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, diante das circunstâncias em que se deram os ilícitos, não há como se eximir o acusado parcialmente das suas consequências, tampouco como concluir que teria sido levado a delinquir por uma suposta ausência de um direito não concretizado pelo Estado ou porque teria menor

âmbito de autodeterminação em razão de eventuais condições sociais desfavoráveis.

3. Inviável infirmar a conclusão de personalidade voltada para a prática de ilícitos, assim comprovada diante da reincidência do paciente e do cometimento de crime de furto, anteriormente à prática dos delitos objetos do presente *writ*, indicativos de que seu envolvimento com o ilícito não é esporádico, a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria.

4. Não tendo o juiz sentenciante demonstrado, de forma concreta, as razões pelas quais considerou desfavoráveis ao paciente as consequências do delito, e tendo se utilizado de referências genéricas e de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a redução da pena-base nesse ponto.

5. Os motivos do crime, quando próprios do tipo, não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

6. Tendo sido três as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença, perfeitamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das outras duas ou para elevar a sanção básica ou para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, quando prevista no art. 61 do CP.

7. Inviável acolher a alegação de que teria havido ofensa ao enunciado na Súmula 241 deste STJ, quando a documentação colacionada aos autos é insuficiente para afastar a afirmação feita pelas instâncias ordinárias de que a condenação anterior geradora da reincidência seria diversa da utilizada para valorar negativamente a circunstância

judicial da personalidade, como se alega.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido, tão somente para reduzir a reprimenda-base imposta pelos dois delitos praticados pelo paciente, e para, de ofício, reconhecer a desproporcionalidade da reprimenda aplicada na segunda etapa da dosimetria, em razão do reconhecimento de duas das qualificadoras, tornando a sua sanção definitiva em 15 (quinze) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

(STJ. HC 116972 MS 2008/0215940-2. T5 – Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento em 19 de agosto de 2010. DJE de 13/09/2010)

No mesmo sentido da corte guardiã da Justiça, chega-se a ler nos tribunais espalhados pelo país a impossibilidade aplicar o princípio da coculpabilidade “[...] sob pena de se fomentar a criminalidade [...]”³, que “[...] as desigualdades existentes em nossa sociedade não podem servir de justificativa para lesar o patrimônio alheio [...]”⁴ e também que “[...] não se pode responsabilizar o Estado e a sociedade como um todo pelas escolhas de um indivíduo [...]”⁵.

Data venia, os posicionamentos expostos nesses julgados, os quais traduzem o entendimento da jurisprudência nacional, evidenciam

³ TJ-MG - APELAÇÃO CRIMINAL: APR 10153130027623001 MG. 6ª CÂMARA CRIMINAL. RELATORA: DENISE PINHO DA COSTA VAL. JULGAMENTO EM 29 DE ABRIL DE 2014. DJE DE 08/05/2014.

⁴ TJ-RO - Apelação: APL 00004684720118220015 RO 0000468-47.2011.822.0015. 1ª Câmara Criminal. Relator: Hiram Souza Marques. Julgamento em 26 de março de 2015.

⁵ TJ-RS - APELAÇÃO CRIME: ACR 70058144197 RS. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. RELATOR: FABIO VIEIRA HEERDT. JULGAMENTO EM 7 DE AGOSTO DE 2014. DJE DE 17/09/2014.

uma interpretação equivocada da teoria da coculpabilidade uma vez que não se busca retirar a responsabilidade do indivíduo sobre seus atos, mas apontar a menor reprovação social destes quando a ação delituosa é cometida por pessoa que, durante sua vida, foi submetido a diversos processos de marginalização. Ademais, esse tipo de aplicação do Direito que vemos nos julgados supra expostos reforça a ideia de afastamento entre as instituições jurídicas e a realidade social, culminando que na manutenção de estruturas punitivas segregacionistas. Logo, propõe-se uma análise interdisciplinar do princípio da coculpabilidade, notadamente com a sociologia jurídica.

3 A COCULPABILIDADE ALGUMAS POSSÍVEIS INTERSEÇÕES COM TEORIAS SOCIOLÓGICAS DO CRIME

Como pressuposto para a aplicação do princípio da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro, faz-se mister que se dê um afastamento da perspectiva positiva de crime para que o comportamento desviante seja considerado através de uma ótica sociológica. Não se pode, portanto, desconsiderar a existência do controle social como a aplicação de mecanismos para internalização de normas e punição para aqueles que as transgridam. Dessa forma, o Estado é principal detentor desse controle, exerce práticas de poder conforme o interesse das classes sociais dominantes (FOUCALT, 2007).

Para promover uma análise interdisciplinar acerca da aplicação do princípio da coculpabilidade, explanaremos as teorias sociológicas do crime de Émile Durkheim, Robert Merton, Richard Cloward e Lloyd Ohlin, bem como a Escola de Chicago.

3.1 Durkheim: Abordagem clássica da teoria do crime

Diferente da percepção de senso comum de que o crime é apenas um defeito de caráter do indivíduo, é preciso encarar o fenômeno da criminalidade dentro do contexto da sociedade em que este se insere. Durkheim, no século XIX, propôs a conceituação de crime como “[...] todo ato que, num qualquer grau, determina contra seu autor essa característica a que se chama pena” (DURKHEIM, 1999, p. 39). Observa-se, nessa definição, um afastamento significativo do marco meramente legal, que considera o delito como a conduta tipificada pelo legislador como tal. Dessa maneira, é levada em consideração a reverberação social do delito, uma vez que “[...] não se deve dizer que um ato ofende a consciência comum porque é criminoso, mas é criminoso porque ofende a consciência comum” (DURKHEIM, 1999, p. 52).

A corrente funcionalista estruturalista, que encontra em Durkheim seu maior expoente, no século XIX, pensava sobre o fenômeno do crime. Este quebrou com as ideias do positivismo criminológico, segundo a qual os comportamentos criminosos podem ser explicados por fatores biológicos, psicológicos e sociais específicos, suscetíveis de observação e medição. Considerando o crime como um fenômeno parte inerente do comportamento humano, de causas sedimentadas na própria sociedade, houve, então, uma ruptura com a visão do ato delituoso como uma característica inerente de determinados indivíduo, de maneira a desembocar na consideração de que enquanto houver sociedades humanas, haverá condutas desviantes, tornando-se anormal apenas a exacerbação destes atos, gerados por um estado de anomia.

Para Durkheim, a anomia se dá quando as normas sociais e morais não estão devidamente estabelecidas ou até mesmo ausentes em coercitividade, tendo por consequência aos membros da sociedade um contexto de menor regulação da atuação dos indivíduos, evidenciando um problema adaptação das pessoas, em particular aqueles que

comentem desvios ou crimes, às idiossincrasias da vida moderna (DURKHEIM, 2001).

3.2 Robert Merton e a teoria da tensão

Tanto Durkheim quanto Robert Merton, sociólogo estadunidense, trabalham com o conceito de anomia. Para ambos, trata-se de um fenômeno social normal, mas também patológico. A abordagem deste importante autor do século XX, reformulou a teoria de Durkheim e definiu a anomia como a tensão que se estabelece na sociedade de consumo expressa nas disparidades entre os objetivos culturais estabelecidos e os meios institucionais os quais os cidadãos dispõem para o alcance esses fins (MERTON, 1970). Dessa forma, as classes menos abastardas estão sujeitas a um nível de tensão anômica maior porque, na prática, não conseguem atingir a esses objetivos pelos meios institucionais que lhes são ofertados. O supramencionado estudioso elucida sua teoria no seguinte trecho:

[...] resulta da nossa análise que a maior das pressões para o comportamento desviado é exercida pelas camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. [...] É a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio do comportamento. [...] Apesar de nossa persistente ideologia de “oportunidades iguais para todos”, o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para quem tem pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização de vias legais, mais ineficientes, e ao crescente uso

dos expedientes ilegítimos, porém, mais ou menos eficientes. (MERTON, 1970, p. 205)

Pela chamada teoria da tensão, Merton aponta as discrepâncias entre a estrutura cultural e a estrutura social. Aquela se apresenta enquanto os fins eleitos para todos da sociedade, seus objetivos e interesses alcançados por meios legítimos já a estrutura social está condicionada a possibilidade real de, ante ao conjunto das relações sociais, os indivíduos alcançarem a estrutura cultural agindo em consonância com as normas institucionalizadas. Por consectário, embora a totalidade dos membros das sociedades estejam expostos às aspirações demonstradas pela estrutura cultural, os meios para alcançá-las não são distribuídos de forma igualitária, provocando que certos sujeitos empreguem meios ilegítimos para corresponder às expectativas gerais de sucesso. Nesse diapasão, afirma Merton que “Quando as estruturas cultural e social estão mal integradas, a primeira exigindo um comportamento que a outra dificulta, há uma tensão para o rompimento das normas ou para o seu completo desprezo” (MERTON, 1970, p. 237).

Nesse estado de anomia, para que ocorra o controle social e prevenção do crime, é necessário que haja uma minimização dos desvios entre as estruturas culturais e as sociais, para tanto, é preciso atuações efetivas do ente estatal nesse sentido, cujo primeiro passo é reconhecer a sua própria inadimplência no que tange à obrigação de oportunizar condições de vida digna a todos. Logo, é nesse contexto que se apreende a coculpabilidade como uma forma de evidenciar a influência que a prestação deficitária estatal exerce no cometimento de crimes por aqueles que se veem impossibilitados de atingir seus objetivos culturais por via institucional. Com efeito, os sujeitos excluídos socialmente buscam outros meios de atingir esses objetivos pela prática de crimes.

Assim, nos meios sociais mais pobres, o uso de meios

ilegítimos alcança *status* de normalidade e o comportamento delituoso passa a não ser reprovado por aquele grupo. Dessa maneira, pode-se chegar ao ponto em que se estabeleça uma situação de pluralismo jurídico, segundo Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 76):

[...] casos de pluralismo jurídico, com vigência sociológica reconhecida ou não pelo direito dominante, constituem situações socialmente consolidadas e de longa duração, onde se refletem conflitos sociais que acumulam e condensam clivagens socioeconômicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes. [...]

Essa parcela excluída da população passa, então, a produzir o Direito que lhe convém. O que nos leva a refletir sobre a complexa relação entre o direito e a sociedade. Essas pessoas, devido às circunstâncias sociais que lhes foram impostas, passam a ter uma nova percepção de licitude e ilicitude, justificada pela busca de alternativas para alcançar seus objetivos. Em contrapartida, mas também agindo de forma complementar, o Direito dominante acaba por determinar esse processo social, na medida em que não oferece os meios institucionais adequados de acesso a esses fins (SABADELL, 2008).

3.3 Richard Cloward e Lloyd Ohlin: As subculturas delinquentes

Nesse contexto, Richard Cloward e Lloyd Ohlin apontam a existência de subculturas delinquentes, encabeçando as teorias culturalistas do crime, seus estudos foram focados em jovens masculinos de classes menos favorecidas:

Os adolescentes que formam as subculturas delinquentes interiorizam uma grande ênfase nos objetivos convencionais. Confrontados com as limitações das vias legítimas de acesso àqueles

objetivos e incapazes de reduzir o teor das suas aspirações, experimentam uma intensa frustração. O resultado poderá ser a exploração de alternativas não conformistas. (CLOWARD; OHLIN, 1960, p. 86)

A delinquência é, portanto, uma reação das pessoas menos favorecidas econômica e socialmente aos valores das classes dominantes. A juventude se utiliza dessas subculturas como formas de reagir contra o paradigma dominante que constantemente a discrimina. Essa contínua vedação de meios para alcançar os ideais gerais de sucesso afeta de forma demasiada, então, os mais jovens, que, já no âmbito do início da educação formal, começam a ver bloqueado o seu acesso legítimo às estruturas culturais. Isto gera um processo de crescente frustração, alimentado pelos constantes estímulos capitalistas das sociedades de massa, que pode vir a ser convertida em criminalidade. Entretanto, como os meios ilegítimos também estão distribuídos de forma desigual, surgem várias subculturas delinquentes, com seus próprios valores. As principais são as subculturas criminal, de conflito e de evasão.

A subcultura criminal ocorre em localidades pobres, inseridas em contextos de grande desigualdade social, nas quais se desenvolve uma hierarquia sedimentada em oportunidades nas organizações voltadas para prática delituosa estável, habitual e organizada. Nesses casos, destacam-se tipos penais como o tráfico de drogas, roubo e extorsão utilizados como indicativos para auferir o sucesso dos integrantes daquela subcultura. O que se observa é a incorporação de valores legítimos, até mesmo na organização do grupo criminoso, mas o emprego de vias ilegítimas para alcançá-los.

Já a de conflito, afasta-se da ideia de uma carreira delinvente e traduz-se na mera revolta contra a ordem social. Como exemplo desses contextos, tem-se atos de violência aparentemente gratuitos,

como depredação de patrimônio alheio, por exemplo.

A subcultura da evasão, por sua vez, é vista pelos autores como uma espécie de “duplo fracasso”, formada por pessoas incapazes de alcançar destaque, pelas estruturas legítimas ou ilegítimas. Rejeitados por ambas, muitos encontram refúgio no abuso do consumo de substâncias entorpecentes como subterfúgio à completa inadequação, originada por uma dupla exclusão social.

Embora se trate de uma teoria sociológica desenvolvida nos Estados Unidos, no século XX, observa-se pujante confluência entre o contexto em que foi desenvolvida e a realidade social hodierna brasileira. É na admissão prática da existência dessas desigualdades que a aplicação do instituto da coculpabilidade exerce a importante função de aproximar mais o Direito da realidade social. A coculpabilidade, ao exercer influência na aplicação da pena, quebra com a lógica teórica universalista do Direito de não analisar as diferenças entre essas subculturas marginalizadas ou, até mesmo, sequer cogitar a existência destas.

3.4 Escola de Chicago: Ecologia humana e zonas concêntricas no espaço urbano

Outro aspecto que merece ser pontuado é a relação entre organização do espaço e criminalidade. A Escola de Chicago se desenvolveu em um contexto de industrialização e desenfreado crescimento urbano, o qual promoveu um acirramento nas desigualdades sociais e espaciais observadas em âmbito local. Ademais, ficaram evidenciados novos fenômenos na interação entre grupos, mudança de valores e novos mecanismos de controle social. A Universidade de Chicago foi, então, a primeira instituição de ensino superior norte-americana a criar um departamento específico voltado para o estudo da Sociologia, em 1892. O espaço urbano configurava-se

como terreno fértil para estudos acerca da proliferação de crimes, especialmente nas áreas mais pobres da cidade e, conseqüentemente, expostas a uma maior desorganização social.

Os processos de mobilidade e estratificação social alcançaram, cada vez mais, níveis superiores de complexidade, com a quebra de uma solidariedade e coesão tradicional para maior enfoque em relações secundárias travadas por determinados grupos. Nesse contexto, a cidade de Chicago, enquanto um dos maiores polos industriais dos Estados Unidos no século XX, foi exposta a um significativo aumento da criminalidade e da repressão policial, destacando-se, assim, a Teoria da Ecologia Humana, de Robert Park e a Teoria das Zonas Concêntricas, de Ernest Burgess.

Assim como Durkheim, Park, fundador da Escola de Chicago, afirma que a liberdade de estar fora do grupo também representa uma impossibilidade de acesso ao suporte que a coletividade pode oferecer. Entretanto, enquanto o sociólogo francês se refere ao conceito de anomia, Park se utiliza da noção de equilíbrio das relações humanas. Para tanto, foram empregados conceitos das ciências naturais, como a ecologia – descrita como um campo de estudos que examina as inter-relações entre os seres humanos e o meio ambiente. A teoria de Park utilizou-se desse mesmo pressuposto no afã de observar, especificamente, uma ecologia urbana, vislumbrando a cidade como grande organismo em simbiose com os seres que nela habitam.

De acordo com as ideais de Park, os contatos heterogênicos entre diferentes grupos étnicos presentes nas cidades comumente levam à competição por status e espaço. Nesse ponto, o autor faz uso de conceitos como invasão, dominação e sucessão para evidenciar as interações entre essas coletividades. O crime é, então, determinado não pelo sujeito ativo que o pratica, mas pelos grupos em que este se encontra inserido, em razão do comportamento humano ser influenciado majoritariamente pelas condições físicas e sociais de seu

meio. Portanto, para evitar o crescimento da criminalidade, o autor aponta que o Estado deve atuar mediante políticas públicas concentradas nas áreas ecológicas de maior degradação (PARK, 1967).

A Teoria das Zonas Concêntricas, por sua vez, aponta que o crescimento das cidades se dá na forma de anéis concêntricos que servem para exemplificar as ideias de Park de áreas naturais que servem para a realização de diferentes funções na organização urbana. Burgess divide a cidade de Chicago em cinco zonas, que não se pretendem como fronteiras estáticas, mas, sim, fluidas conforme os processos, invasão, dominação e sucessão. Nessas zonas naturais, os atos desviantes têm origem nos diferentes processos de socialização dos indivíduos, enquanto partes dos grupos do meio urbano, que se movimentam em constante pressão pela mobilidade, em uma sociedade evidentemente estratificada e cuja repressão se dá de forma muito mais concentrada e violenta em determinadas áreas do que outras.

Fazendo uma relação das teorias desenvolvidas pela Escola de Chicago com a realidade brasileira, vislumbra-se que o Estado exerce seu poder punitivo com maior regularidade e rigidez em determinados espaços, como regiões suburbanas e favelas, exatamente onde residem as parcelas mais economicamente vulneráveis da população. Essa vulnerabilidade evidencia-se na construção de um estereótipo ligado, principalmente, a determinado estamento social, reforçando o processo de estratificação hierárquica na sociedade, o qual influencia em diversos aspectos da vida daqueles que convivem em grupo nesse espaço marginalizado, como em seus modos de vida, escolhas políticas, trabalho e renda (SABADELL, 2008). Dessa forma, podemos compreender que o Estado, utilizando-se, muitas vezes, do Direito, reforça essas desigualdades entre essas zonas e diminui as chances de mobilidade dos indivíduos, que se veem impelidos ao cometimento de delitos, em razão dos processos de exclusão social e espacial.

Esses autores, embora inseridos em contextos históricos

distintos, apontam a confluência teórica no sentido de apontar os motivos que levam o indivíduo marginalizado ao cometimento de crime, seja pela privação de acesso às vias legítimas, seja pela segregação espacial e social. Portanto, no momento de proceder à dosimetria da pena, cumpre aos magistrados considerar esses fatores enquanto dirimentes, aplicando o princípio da coculpabilidade.

4 CONCLUSÃO

O princípio da coculpabilidade é de grande importância para a consolidação de uma perspectiva do Direito mais voltada a encarar a realidade social. Fica evidenciada a possibilidade de construir conceitos teóricos que possam influir positivamente na mudança da conformação de sociedade estabelecida. Nesse sentido, o supracitado tema possibilita uma humanização do Direito Penal, pois leva em consideração, no momento da dosimetria da pena, a autodeterminação limitada de indivíduos vulneráveis.

Em termos práticos, a aplicação do princípio da coculpabilidade é plenamente possível mediante o dispositivo do art. 66 do Código Penal brasileiro, aplicando-se a chamada dirimente inominada. Entretanto, por se tratar de uma construção relativamente nova com poucos estudos doutrinários, muitos magistrados não levam em consideração esse princípio e, quando o fazem, revelam pouco conhecimento da questão. Ademais, a falta da positivação expressa desse princípio acarreta em uma grande discricionariedade do juiz na aplicação da pena ao considerar a influência dos fatores sociais no cometimento do delito.

Portanto, observa-se a necessidade de aprofundamento dos estudos acerca da coculpabilidade no Direito brasileiro. No que tange à abordagem interdisciplinar deste tema, nenhum estudo com esse intuito específico foi encontrado. Assim, é notória a necessidade de extrapolar

as pesquisas acerca desse conceito e suas confluências para além do campo jurídico. Este trabalho tentou trazer essa nova perspectiva no que tange às Teorias Sociológicas do Crime, porém, ainda de forma muito introdutória.

A Sociologia Jurídica, como importante campo de estudo do Direito e da sociedade, tem inúmeras construções doutrinárias a serem consideradas e de possível correlação com o princípio da coculpabilidade. Assim, o presente artigo limitou-se a explorar apenas algumas dessas possíveis áreas de interseção. Destarte, é imprescindível o aprofundamento dos estudos dessas áreas que se mostram cada vez mais importantes no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSCHI, José Antonio. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Constituição Federal]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/>. Acesso em: 28 mai 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940**. [Código Penal Brasileiro]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 mai 2017.

CLOWARD, R. Ohlin, L. **Delinquency and opportunity**. Nova Iorque. Free Press, 1960.

O PRINCÍPIO DA COCULPABILIDADE E SUAS POSSÍVEIS INTERSEÇÕES COM AS TEORIAS SOCIOLÓGICAS DO CRIME

DURKHEIM, Émile. **O suicídio, estudo sociológico**. 7. ed. Editorial Presença, 2001.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 24. ed. São Paulo: Edições Graal, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituição de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Max Limond, 1980.

MELIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: IBCCrim, 2010.

MERTON, Robert. **Sociologia: Teoria e estrutura**. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MOURA, Grégoire. **Do princípio da co-culpabilidade**. Niteroi. Impetus: 2006.

PARK, Robert. ***On social control and collective behavior***. Chicago: The University of Chicago Press, 1967.

QUEIROZ, Paulo. **Coculpabilidade e loucura na absolvição de Severino do Aracaju**. Disponível em: <<http://pensandoevitando.blogspot.com.br/2013/12/co-culpabilidade-texto-de-paulo-queiroz.html>>. Acesso em: 27 mai 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 9ª ed. Salvador. JusPodivm: 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: Introdução a uma leitura externa do Direito. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 9ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2011.

AS ROTAS NEGOCIAIS COLETIVAS TRABALHISTAS NO BRASIL: O CONFLITO COM O LEGISLADO

*Cainan Anjos Meira**

*Pedro Paulo Britto de Carvalho***

RESUMO: O Direito do Trabalho, enquanto instrumento de um Estado Democrático de Direito, fomenta práticas que possibilitam que os atores da relação trabalhista, de forma autônoma, cheguem a soluções que viabilizem um acordo benéfico a ambas as partes. As Negociações Coletivas aparecem, nesse cenário, como uma das principais (quiza principal) atuações do gênero, sendo palco de relevante importância para a redução da alta belicosidade presente nesse campo especializado do Direito. Tendo isso em vista, o presente trabalho buscou desvendar as amplas potencialidades desse instituto, analisando suas possibilidades, desde aquelas atualmente permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a Reforma Trabalhista, até aquelas que historicamente costumaram pairar sobre ele, trazendo a experiência internacional como paradigma para a tomada das perspectivas necessárias sobre o polêmico tema. Assim, buscou demonstrar como o conflito entre o negociado e o legislado é operado na sistemática do país, e quais as consequências suscitadas por uma mudança prevalecendo o negociado. As conclusões são fruto de consulta de obras jurídicas pertinentes ao tema estudado, utilizando-se o método dedutivo, e das normas jurídicas nacionais referentes ao tema, inclusive com o advento da Lei nº 13.467/2017, usando-se também, comparativamente, a legislação internacional. Como resposta,

* Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. E-mail: cainanmeira@hotmail.com

** Acadêmico do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. E-mail: pedropbc95@gmail.com

constatou-se que a adoção do modelo de prevalência do negociado sobre o legislado exige uma mudança significativa na estrutura sindical brasileira, adequando-a, principalmente, ao disposto na Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho, consagrando a liberdade sindical e os adequados meios de representação tanto dos trabalhadores quanto do patronato.

Palavras-chave: Negociação Coletiva; Reforma Trabalhista; Normas de Ordem Pública; Estrutura Sindical.

ABSTRACT: Labor Law, as a tool of the Democratic State, encourages practices that create the possibility of a autonomous solution by the actors of the labor relationship in their conflicts. The collective bargaining is one of the most relevant (maybe even the most relevant) of this instruments, being something of huge importance to the reduction of the high levels of conflicts between employees and employers. Therefore, this work tried to show the abundant potential of this institute, analyzing its possibilities, since those in current times allowed by Brazil's legal order, to the ones historically proposed in this context, bringing international experiences as paradigms to new perspectives about this polemic subject. Thus, this article tried to demonstrate how the conflict between a model based in collective bargaining and another based in the legal regulations happens in the nation's system, and what are the consequences of giving the prevalence to the model based in collective bargaining. The conclusions are the result of a study carried out by legal works related to this subject, using the deductive method, and also a study of the legislation directly related to the subject, using in comparison international law and the Law nº 13.467/2017. In conclusion, this article shows that the eventual adoption of the model in which the collective bargaining prevails would demand changes in brazilian union structure, making it in terms,

specially, with International Labour Organization's Convention nº 87, turning freedom of association and the adequate means of representation a reality.

Keywords: Collective Bargaining; Labor Reform; Public Policy Standard; Labor Union Structure.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Visão geral acerca das negociações coletivas; 3 Natureza jurídica da negociação coletiva e hierarquia das normas trabalhistas; 4 Experiência internacional; 4.1 Portugal; 4.2 América do Norte; 4.3 França; 5 Convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pertinentes; 6 A Lei nº 13.467/2017; 7 Vantagens e desvantagens do modelo negociado e desafios para sua implementação; 8 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Analisando-se as constantes mudanças nas relações de trabalho que a história proporciona, tornar-se visível o uso dos mais diversos valores como pauta pelos grupos de pressão que objetivam a prevalência de suas visões de mundo. Alguns buscam alcançá-la por meio de pequenos ajustes sistemáticos, outros por grandiosas reformas e, nos casos mais extremos, por meio da própria ruptura do sistema jurídico vigente.

Entre esses valores que se tornam símbolos de luta, encontra-se o da liberdade, palavra que acaba perdendo-se nos mais variados

conceitos, a ponto de quase sempre ser afirmada simultaneamente pelos grupos antagônicos da disputa.

Certas tradições na história do pensamento traçam sua aplicação por meio da concessão de uma maior autonomia aos indivíduos. enxergando estes como os seres capazes de regular seus próprios interesses da forma mais adequada o possível, buscam concedê-los o mais amplo espaço de atuação, para que da negociação intersubjetiva surja aquilo que, ao ser o acordo apontado como mais benéfico pelas partes, também seja, por conseguinte, o melhor para a sociedade como um todo.

Por outro lado, de forma dialética, forma-se outra escola do pensamento, que traz a constatação da diferença existente entre cada parte envolvida na negociação, inviabilizando um acordo que de fato satisfaça a todos os envolvidos de forma justa. Far-se-ia necessário, portanto, o estabelecimento de um terceiro (ou mesmo de regramentos) que permitam otimizar os resultados, fazendo-os verdadeiramente justos, evitando que o poder de determinados sujeitos leve a liberdade do próximo a ser eclipsada.

Em linhas gerais, é no seio dessas correntes que se pode observar o embate no Direito do Trabalho entre o negociado e o legislado, tema aqui estudado. Seriam as partes envolvidas na negociação capazes de traçar acordos reciprocamente benéficos? Até que nível a intervenção estatal deveria ser posta numa relação de emprego? A segurança jurídica do trabalhador está sob risco caso se adote o modelo negociado? Para essas e outras questões, cada opção político-jurídica apresenta uma diferente resposta.

Assim, o presente trabalho visa, *a priori*, servir não como meramente uma forma de apresentação de um único caminho possível,

ou mesmo de apontar qual seria o caminho mais interessante para o país, mas sim apresentar a viabilidade de cada uma das trilhas, desde que respeitados determinados aspectos de suas respectivas singularidades.

O trabalho segue, dessa forma, a diretriz da clássica lição de Hans Kelsen sobre a interpretação jurídico-científica do Direito, especialmente quando se aborda a possibilidade de consolidação legislativa da prevalência do negociado. Neste sentido:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. (KELSEN, 1998, p. 251)

Ambos os modelos serão tratados em separado e individualmente, abordando-se a sua própria trajetória histórica e conceituação, bem como um estudo comparado com as experiências internacionais e como se tornariam frutíferas no presente quadro brasileiro, ou seja, quais reformas deveriam (ou não) ser adotadas para proporcionar seu melhor aproveitamento. Após essas considerações, será apresentada uma conclusão, com o objetivo de sintetizar e facilitar a transmissão da mensagem deste artigo, além de tentar trazer uma resposta ao cerne da questão aqui debatida: o modelo do negociado sobre o legislado, com permissão de ampla liberdade para as partes de

negociar para além do quanto disposto em lei, poderia acarretar uma fragilização dos direitos e interesses dos trabalhadores brasileiros?

Também, e não poderia ser diferente para a completude do tema em questão, faz-se necessária uma breve análise da conjuntura brasileira. Se, por um lado, o ordenamento nacional historicamente estabeleceu uma predominância do negociado apenas nos casos em que ocorresse um efetivo benefício do empregado, parte considerada hipossuficiente na relação de emprego, pode-se observar, atualmente, a consolidação da tese que permite a sua supremacia para além dessa limitação, fato facilmente constatável por meio da observância das recentes investidas realizadas tanto por parte do Poder Legislativo quanto do Poder Judiciário.

Tendo isso em vista, serão abordadas a Lei nº 13.467/2017 e a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pendendo cada vez mais para o lado desse modelo.

2 VISÃO GERAL ACERCA DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

Inicialmente, impende conceituar aquilo que será objeto central de análise do presente artigo.

Por negociações coletivas, entende-se as tratativas que objetivam resultar em uma Convenção ou Acordo Coletivo. A convenção, por sua via, é o negócio jurídico realizado entre sindicato de empregados e empregadores que versa sobre as condições de trabalho (MARTINS, 2015, p. 918). Já o acordo coletivo é o negócio jurídico entre sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas sobre condições de trabalho, com aplicabilidade somente para os empregados da empresa acordante.

Interessante pontuar que o seu surgimento se deu justamente como forma do trabalhador realizar uma espécie de autotutela dos seus interesses, eis que, inicialmente, nos primórdios do Estado Liberal, não se editava quaisquer normas protetivas para a sua categoria. Deste modo, os próprios interessados se reuniram na tentativa de criar normas para regular as relações laborais (MARTINS, 2015, p. 890).

Nesse passo, as negociações são mais difundidas precisamente em Estados mais liberais, onde há predominância de um modelo desregulamentado, sendo menos frequentes em locais onde o Estado arroga para si a função de regulamentar as relações trabalhistas, surgindo como um terceiro elemento na relação jurídica do empregado e empregador, como o caso do Brasil.

Em função disso, categórica observação é realizada por Sérgio Pinto Martins, ao afirmar que “nas nações industrializadas as convenções coletivas foram surgindo dos fatos para as normas, ou seja, de baixo para cima, ao passo que nos países subdesenvolvidos o fenômeno foi inverso” (MARTINS, 2015, p. 914). Orlando Gomes, comentando a experiência brasileira, com uma legislação imposta dentro de um contexto ditatorial, enquadrando-a em mesmos termos, ao afirmar que:

Difícilmente se teria forçado esse numeroso contingente atrasado a ir modificando a mentalidade, se a própria lei, imposta de cima, não houvesse cumprido a função educativa que exerce quando se antecipa à realidade social subjacente. No processo normal de elaboração legislativa, não teria sido possível, em tão pouco tempo, organizar a legislação do trabalho nos

termos avançados que então a distinguiram.
(GOMES, 1974, p. 08)

Por óbvio, além dessa industrialização tardia, outros fatores corroboram para a pouca utilização do instituto no Brasil, se comparado com nações desenvolvidas. Dentre estes, destacam-se três como principais, que serão adiante objeto de consideração.

O primeiro é a fragilidade sindical brasileira, cuja explicação possui razões das mais diversas, e que desboca no sentimento de pouca representatividade do sindicato perante o trabalhador, questão recorrente nas mais diversas propostas de reforma sindical no país.

Arnaldo Süssekind (2001, p. 423), analisando a tendência acima exposta de maior intervenção estatal na área trabalhista nos países subdesenvolvidos, estipula justamente que ela “cresce na razão inversa da incapacidade dos sindicatos de obterem adequadas condições de trabalho para seus representantes”.

Em seguida, tem-se como fator a abundância de legislação em matéria trabalhista, compatível com o modelo amplamente regulamentado adotado no país, mas que contrasta com a possibilidade de utilização ampla das negociações coletivas, eis que estas teriam justamente a função de complementar o sistema legal, mormente em hipóteses específicas de determinadas classes de trabalhadores.

Não por menos, o baiano Orlando Gomes (1936, p. 47) atribuía às convenções coletivas o duplo papel de evitar “a legislação oficial, que teria que ser excessivamente profusa nas atuais condições da organização do trabalho” e sua serventia “como precursora da lei, indicando ao Estado normas que o constante uso há de transformar, inelutavelmente, em leis oficiais”.

E, por fim, como bem observado pelo professor José Soares Filho (2016, p. 109), o poder normativo conferido à Justiça do Trabalho nas sentenças de dissídios coletivos veio ocupar um espaço que, em um regime de autonomia privada coletiva, é preenchido pelas normas produzidas, em sede de negociação, pelas próprias categorias econômicas e profissionais.

É interessante notar, ainda, que as negociações coletivas costumam ser divididas em espécies. A classificação de Sérgio Pinto Martins (2015, p. 890) estipula esse número em três: a primeira abrange aquelas que podem ocorrer em relação a qualquer direito trabalhista, com ampla liberdade para as partes discutirem as condições a serem adotadas. Porém, como bem adverte o autor, é um modelo que necessita de forte atuação sindical, pois, do contrário, o empregado é prejudicado na negociação. A segunda combina a negociação coletiva com a existência de uma legislação mínima, sendo este o modelo francês. A terceira espécie só admite negociação coletiva para alguns direitos específicos.

O caso brasileiro, de acordo com essa classificação, poderia ser enquadrado entre o segundo e o terceiro dos modelos apontados pelo sobredito autor, eis que, malgrado existente a legislação que servirá de parâmetro mínimo na negociação, existem determinados direitos trabalhistas infensos à negociação coletiva, mormente aqueles revestidos de indisponibilidade absoluta, constituindo patamar civilizatório mínimo de defesa da dignidade da pessoa humana (DELGADO, 2018, p. 137).

Feitas tais considerações, e para uma melhor compreensão acerca desse profundo instituto, torna-se agora essencial abordar a sua

própria natureza jurídica, bem como sua posição hierárquica no ordenamento, dotada de peculiaridades.

3 NATUREZA JURÍDICA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E HIERARQUIA DAS NORMAS TRABALHISTAS

De pertinência conceitual basilar, e também como fundamento para a devida fixação dos pontos onde a discussão adiante levantada é baseada, o art. 611 da CLT¹ dispõe que a Convenção Coletiva de Trabalho é um acordo de caráter normativo.

Da leitura do mencionado artigo, depreende-se que a opção do legislador foi pela adoção de uma teoria mista acerca da natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho, conceituando-a, nos termos mencionados da legislação, como um acordo normativo. Ou seja, ela é um contrato na sua formação (acordo), no sentido de ser um ajuste bilateral de vontades, negócio jurídico que traduz uma operação econômica no âmbito de relações particulares, e, ao mesmo tempo, conforme a percepção que expressa o professor José Soares Filho (2016, p. 112-113), “um conjunto de regras, de caráter genérico e impessoal, que visa a regular as atividades profissionais atuais e futuras, atingindo os contratos individuais de trabalho em curso e predeterminando o teor dos contratos dessa natureza que vierem a se realizar”.

O dito autor ainda complementa o raciocínio afirmando que, sob o aspecto normativo, genérico e impessoal da convenção coletiva,

¹ Art. 611 da CLT: “Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

“constitui fonte não-estatal do Direito do Trabalho, que se incorpora ao ordenamento jurídico por força de mandamento constitucional”.

Superada a explanação do caráter híbrido da convenção coletiva (com aspectos contratuais e normativos), impende tecer algumas considerações acerca da hierarquia das normas no Direito do Trabalho, nos moldes em que estava fundada até antes da Reforma Trabalhista.

Por um lado, temos a clássica lição de Hans Kelsen, que afirma:

[...] A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1998, p. 155)

Por outro lado, no campo do Direito do Trabalho brasileiro, conforme ensina Sérgio Pinto Martins (2015, p. 922), prevalecia que “a lei é hierarquicamente superior à convenção coletiva, salvo se esta for mais benéfica para o empregado, quando, então será aplicada”.

Também tratando do tema, de forma mais detalhada, Luciano Martínez explana:

No plano das relações de trabalho, entretanto, não se pode falar numa hierarquia normativa rígida, haja vista no topo da pirâmide hierárquica estará a norma mais favorável ao trabalhador. Esse é, aliás, o desejo do próprio legislador constitucional, que, no caput de seu art. 7º, deixa claro que os direitos ali concedidos não excluem outros que porventura venham a ser outorgados aos trabalhadores para a melhoria de sua condição social. A análise daquilo que seja melhoria, porém, entra no âmbito da subjetividade, pois, na qualidade de conceito jurídico indeterminado, somente poderá ser avaliado pelo juiz, caso surja, é óbvio, um conflito de interesses. (MARTINEZ, 2016, p. 87)

Feitas tais considerações, acerca da natureza jurídica da convenção, bem como da hierarquia das normas em âmbito trabalhista, surge a seguinte questão: poderia ou não convenção ou acordo coletivo de Trabalho dispor de modo diverso ao quanto estabelecido anteriormente na CLT?

Para responder tal questionamento, cabe destrinchar o entendimento que dominava em doutrina (SOARES FILHO, 2016, p. 112-113) e jurisprudência em três pontos, a seguir pormenorizados.

Primeiro, a convenção ou acordo coletivo é fonte do direito cuja legitimidade, no ordenamento jurídico pátrio, provém da própria Constituição (art. 7º, XXVI).

Segundo, mesmo tendo fundamento constitucional, por estar no mesmo plano dos demais direitos ali contidos, por óbvio, não pode revogá-los.

Por fim, acordo ou convenção não poderia afastar as normas de ordem pública, imperativas, inderrogáveis, que traduzem em si um interesse público relevante, tutelando um valor que o legislador julgou tão imprescindível para a sociedade que tornou indisponível para o indivíduo.

Destarte, as leis trabalhistas que contenham este conteúdo não poderiam ser objeto de negociação coletiva, não cabendo à convenção ou acordo coletivo dispor de modo diverso do quanto estabelecido. Deve-se resguardar as normas de ordem pública que consagram direitos fundamentais dos trabalhadores, inderrogáveis pela vontade das partes.

A regra, portanto, seria que, por meio da negociação coletiva, os trabalhadores pudessem buscar melhorias nas suas condições de trabalho, em patamares superiores ao quanto estabelecido em normas trabalhistas.

Deste modo, amplamente aceitáveis pela doutrina e jurisprudência, acordos e negociações coletivas que consignem a obrigatoriedade de pagamento de vale-refeição, ou que estabeleçam o pagamento de horas extraordinárias em valor superior ao legal.

A questão se torna sensível e delicada no tocante às negociações *in pejus*, que costumavam ser meramente exceções.

A jurisprudência sedimentada do Tribunal Superior do Trabalho era firme no sentido de que as normas de ordem pública, ou seja, aquelas inderrogáveis pela vontade das partes, seriam de

observância obrigatória. Assim, seria inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho que negociasse *in pejus*, por exemplo, acerca de segurança e medicina do trabalho.

Neste sentido, por exemplo, é a súmula 437 do TST, que entende ser inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada, porque este constituiria medida garantida por norma de ordem pública infensa à negociação coletiva.

Admitia-se, todavia, tão somente de forma excepcional, a negociação *in pejus*, tendo algumas hipóteses, inclusive, recebido previsão constitucional, consagrando algumas regras de flexibilização de condições de trabalho por meio de convenção coletiva, como a redução de salário (artigo 7º, inciso VI) e a negociação de jornada para trabalho em regime de turno ininterrupto de revezamento (TIR), artigo 7º, XIV.

O STF, no julgamento do RE 590415 / SC, firmou entendimento de que:

No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. [...]

Assim, se a rigorosa limitação da autonomia da vontade é a tônica no direito individual do trabalho e na legislação infraconstitucional anterior à Constituição de 1988, o mesmo não ocorre no que

respeita ao direito coletivo do trabalho ou às normas constitucionais atualmente em vigor.

A tendência, portanto, é de que se entenda que a convenção ou acordo coletivo de trabalho que decorra de decisão da própria categoria profissional, manifestada em regular Assembleia Geral, não atinge a liberdade individual ou coletiva dos trabalhadores, concluindo-se até mesmo que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas atua no direito individual, e não coletivo, do trabalho.

Assentadas tais bases, expondo a visão jurisprudencial e doutrinária acerca do alcance e das possibilidades da negociação coletiva que prevaleciam no ordenamento jurídico brasileiro até antes da Reforma Trabalhista, parte-se agora para a análise pormenorizada da questão, com um estudo comparado com experiências internacionais que adotaram um ou outro modelo, ou seja, priorizam o direito trabalhista negociado ou legislado, bem como das questões em torno das modificações da Lei nº 13.467/2017.

4 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

4.1 Portugal

De acordo com a obra “Instituições de Direito do Trabalho” (SÜSSEKIND et al., 2005, p. 1111), a queda do sistema corporativista de Salazar proporcionou ao sindicalismo português maior liberdade, concretizada por meio da Constituição de 1976. Nessa linha, tem seus sindicatos livremente filiados à Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses, de ideologia comunista, e à União Geral do Trabalho, socialdemocrata.

Seguindo essa tendência, o Código do Trabalho português, de 2003, prevê em seu artigo 405, 1², a proibição de qualquer ingerência do Estado, partidos políticos ou associações de qualquer natureza no funcionamento do sindicato.

Quanto às convenções coletivas, o artigo 485 coloca como dever do Estado a sua promoção, ampliando ao maior número possível de trabalhadores e empregadores o seu alcance.

As principais matérias passíveis de regulação por convenção coletiva, por sua vez, são encontradas no elenco apresentado pelo art. 492, 2. Ao mesmo tempo, o art. 503, 2, impede que a mera sucessão de convenções coletivas sirva de instrumento para a redução da proteção global dos trabalhadores. Já o artigo 457, 1, estipula como garantia do trabalhador não ser obrigado a pagar quotas para associação sindical em que não esteja escrito.

Por fim, cabe destacar a seguinte afirmação de Viviane Herbst Padilha:

Já em Portugal, pode-se dizer que a relação entre a lei e o negociado e a aplicação do princípio do *favor laboratoris* – enquanto um método de determinação da norma concretamente aplicável – sofreu alguns ajustes nas últimas décadas, em razão das diversas alterações no ordenamento jurídico – alterações essas que, em sua maioria, buscaram, em síntese, uma dinamização da negociação coletiva e também uma certa forma de

² Artigo 405, 1, do Código do Trabalho português: “As estruturas de representação coletiva dos trabalhadores são independentes do Estado, de partidos políticos, de instituições religiosas ou associações de outra natureza, sendo proibidos qualquer ingerência destes na sua organização e gestão, bem como o seu recíproco financiamento”.

flexibilidade num contexto de crise econômica, podendo ser realizada a flexibilização das condições de trabalho, atualmente, por intermédio das convenções coletivas. (PADILHA, 2016, p. 80)

A experiência portuguesa, portanto, configura-se como essencial justamente por assemelhar-se à brasileira, até pela atual reforma feita neste país, no que tange à prevalência do negociado sobre o legislado, ter sido, *mutatis mutandis*, empreendida em Portugal.

4.2 América do norte

Por se tratar de nação com elevados níveis de industrialização, foi nos Estados Unidos, juntamente com a Europa Ocidental, que as convenções coletivas de trabalho surgiram e foram desenvolvidas (MARTINS, 2015, p. 914).

Nos dizeres de Arnaldo Sússekkind (2001, p. 425), “[...] nos Estados Unidos e no Canadá é que prevalece a tradição de serem os direitos substantivos, salvo raríssimas exceções, objeto de contratos coletivos celebrados entre sindicatos trabalhadores e empresas”.

Na atualidade, como bem observa Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 83), “o sindicalismo é basicamente por empresas, portanto, o sindicato representa trabalhadores de uma empresa, os dirigentes são eleitos pelo colegiado da empresa e são ajustados contratos coletivos em âmbito da empresa”. Destarte, a convenção, em regra, é realizada no âmbito da própria empresa, sendo raras as que possuem aplicação nacional.

Há ainda, como segue afirmando, o direito dos empregados de eleger o sindicato de sua preferência para os representarem, com renovação das eleições quando se é pleiteado por metade mais um dos empregados.

Ao dissertar sobre o modelo norte-americano, de forte prevalência do modelo negociado, Sérgio Pinto Martins (2015, p. 918) ensina que “na convenção coletiva já estão estatuídas todas as regras que serão observadas pelos contratos individuais, restando ao empregador apenas o ato da contratação”.

E complementa, dissertando acerca da impossibilidade de intervenção estatal mesmo na fase de cumprimento da norma coletiva:

O Estado não interfere em qualquer hipótese, inclusive quando há o descumprimento da norma coletiva. Apenas encoraja as negociações e dá cumprimento à observância do ajustamento espontâneo entre as partes, consubstanciado geralmente num contrato, embora nem sempre o seja. (MARTINS, 2015, p. 918)

As considerações acima tecidas têm o fito de demonstrar a enorme liberdade existente no sistema sindical norte-americano, que alcança níveis muito distantes da realidade brasileira. Como já asseverado, os empregados é que irão eleger livremente o sindicato que irá representá-los na negociação, que pode ser até mesmo de categoria profissional diversa, sendo o empregador obrigado aceitar a representação escolhida (MARTINS, 2015, p. 918).

4.3 França

Enquanto país que serviu de exemplo para a primeira legislação brasileira sobre convenções coletivas, o Decreto Legislativo nº 21.761 (SÜSSEKIND, 2001, p. 422), torna-se imperativo tratar do atual modelo francês para uma melhor compreensão das próprias potencialidades do Brasil no tema.

Com a pluralidade sindical, a França passou a ter inúmeras correntes sindicais, cada qual com uma ideologia específica, tendo sindicais socialistas/comunistas, independentes, socialdemocratas e entre outras (SÜSSEKIND et al., 2005, p. 1111).

Por sua vez, em uma abordagem principiológica, utilizando como base teórica o pensamento de Nikitas Aliprantis, Amauri Mascaro Nascimento (2015, p. 445) demonstra a fundamentalidade do princípio da norma mais favorável aos assalariados nesse país, sendo de caráter geral no Direito francês, tendo assim, portanto, aplicação possível nas relações das convenções coletivas e também nos contratos de trabalho.

Abre a ressalva, ainda em mesma página, que não prevalece tal princípio quando “a aplicação de uma norma conduzir à vantagem de uma categoria de assalariados em desvantagem de outra categoria de assalariados”.

Desse modo, constata-se que a experiência francesa se aproxima mais do anterior quadro brasileiro do que em comparação àquele flexibilizado concretizado pela Reforma Trabalhista, onde o princípio da norma mais favorável sofreu uma considerável redução em seu uso, perdendo seu lugar de destaque.

5 CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) PERTINENTES

A convenção nº 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 10/07/1992, visa fomentar a negociação coletiva em todos os ramos da atividade econômica.

Ao tratar do estímulo à negociação coletiva, a aludida convenção é expressa ao estabelecer, em seu artigo 5.1, que “deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva”.

Nessa senda, imperioso ressaltar que o próprio dispositivo realiza um importante adendo: “medidas adequadas às condições nacionais”, o que, demonstra, por óbvio, que a estrutura jurídica positiva deverá ser levada em consideração no momento em que sejam empreendidas as medidas de estímulo à negociação.

Ademais, o art. 7³ da citada convenção aduz que as medidas adotadas pelo Estado para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias ou, até mesmo, quando as condições fáticas permitirem, de acordos tripartites envolvendo o Estado e os sindicatos de empregados e empregadores.

Assim, percebe-se que o artigo estabelece uma diretriz que busca justamente impedir que eventuais mudanças no ordenamento jurídico trabalhista sejam realizadas de forma abrupta, sem que as entidades interessadas patronais e dos trabalhadores sejam consultadas, ou que seja realizado um amplo debate acerca da questão. Por

³ Artigo 7 da Convenção nº 154 da OIT: “As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores”.

consequente, a forma em que tramitou, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.787, com a adoção de um regime de urgência para a votação, sem amplas discussões com a sociedade civil acerca do tema, não se coaduna com a orientação do mencionado dispositivo Convenção 154 da OIT.

Ademais, o art. 8º da Convenção assim dispõe: “As medidas previstas com o fito de estimular a negociação coletiva não deverão ser concebidas ou aplicadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva”.

Deste modo, o dispositivo proíbe que medidas que busquem estimular a negociação sejam concebidas ou aplicadas de forma que esta reste prejudicada.

Nesse sentido, observe-se como se posicionou a ANPT (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho), ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) e SINAIT (Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho), em nota técnica acerca da reforma trabalhista, assinada em 06/03/2017:

A pretensão de uma reforma como a proposta é na verdade tornar lícitas condutas vedadas pela CLT e pelas Convenções Internacionais, esvaziando o conjunto mínimo de proteções ao trabalhador. [...]

Quando a maior parte desses direitos volta ao campo da livre negociação (ainda que coletiva), faltando-nos ainda uma organização sindical universalmente pujante e representativa, descem-se alguns degraus na escada da civilidade. Onde a lei já não garante mínimos, os seus padrões

voltam a ser disputados pela força.
(ANAMATRA, ANPT, SINAIT, 2017, p. 27)

Feitas tais considerações, também a Recomendação nº 163 da OIT estabelece que as negociações devem ser amplas, livres e independentes, devendo as soluções dos conflitos ser encontradas pelas partes da negociação.

A referida recomendação, ao tratar dos meios de promover a negociação coletiva, em seu art. 5 (1)⁴, estabelece, com vias de salvaguardar um resultado útil e justo da negociação, que as partes da negociação coletiva devem tomar medidas para que seus negociadores, que tomarão as rédeas do ajuste, tenham a oportunidade de passar por treinamento adequado.

Despiciendo empreender maiores esforços argumentativos no sentido de demonstrar que esta não é a realidade da maioria dos sindicatos do Brasil, mormente aqueles de menor expressão, em que os representantes não têm o treinamento técnico adequado para a realização de negociações coletivas, o que pode vir a prejudicar a coletividade de trabalhadores nos ajustes.

Por fim, de fundamental importância é a Convenção nº 87 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, apesar de ser considerada pela própria Organização como convenção básica quanto à questão da liberdade sindical e estar entre as mais adotadas internacionalmente (OIT, 1994, p. 04-05).

⁴ Artigo 5 (1) da Recomendação nº 163 da OIT: “As partes da negociação devem tomar medidas para que seus negociadores, em todos os níveis, tenham a oportunidade de passar por treinamento adequado”.

Em suma, sua principal característica é a defesa de uma estrutura social que fomente a liberdade sindical nas suas mais amplas formas, imprescindível para a construção de um sistema que consagre devidos meios de representação.

Nesse sentido se apresenta seu artigo 2⁵ quando dispõe que trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia de qualquer ente estatal, organizações de sua escolha.

Como é latente quando posto em contraposição, o ordenamento jurídico brasileiro ainda se distancia muito do proposto por tal convenção. Entre os entraves facilmente constatáveis, destaca-se como principal a imposição do modelo de unicidade sindical, conforme o art. 8º, II da CF, além de outras questões presentes na estrutura sindical brasileira que demonstram que se trata de um sistema “engessado”, completamente incompatível com a liberdade sindical nos moldes da convenção acima debatida.

6 A LEI Nº 13.467/2017

Como anteriormente exposto, prevalecia, em regra, a aplicação da norma mais favorável no tocante a conflitos quanto à hierarquia normativa trabalhista. As exceções se resumiam, basicamente, a disposições constitucionais expressas em sentido contrário.

⁵ Artigo 2 da Convenção nº 87 da OIT: “Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas”.

Contudo, através das inovações promovidas pela Lei nº 13.467, tal quadro foi profundamente modificado. Conforme o reconstruído artigo 620 da CLT, “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”, invertendo-se assim sua redação anterior, que apontava a prevalência da convenção coletiva quando mais favorável.

Nesse caso, buscou-se privilegiar o acordo coletivo por se tratar de norma mais específica, e, portanto, mais hábil para se amoldar às condições de cada empresa, arriscando-se, entretanto, reduzir as garantias e proteções destinadas ao trabalhador em âmbito mais geral.

Simultaneamente, foram criados os artigos 611-A e 611-B nesse mesmo diploma normativo, estabelecendo, respectivamente, um rol exemplificativo de hipóteses em que a convenção e acordo coletivo prevalecem sobre a lei, e um rol taxativo de quais direitos não podem ser objeto de supressão ou redução por essas negociações.

Dentre as hipóteses de maior controvérsia, destacam-se a possibilidade dos acordos e convenções versarem sobre: intervalo intrajornada, respeitando o limite mínimo de trinta minutos, sendo o atual intervalo mínimo previsto na CLT de 1 hora; teletrabalho, haja vista que, anteriormente à reforma, estes trabalhadores eram equiparados aos demais em direitos e garantias, o que, com o advento da reforma, poderão ser suprimidas em negociação; registro da jornada de trabalho, que poderia vir a deixar ao arbítrio das partes a marcação do horário de entrada e saída dos trabalhadores, dificultando a atuação dos órgãos fiscalizadores; dentre outras hipóteses previstas ao longo dos incisos do supracitado artigo 611-A.

A redação do Art. 611-A visa ampliar o leque de direitos trabalhistas suscetíveis à negociação coletiva. Todavia, a crítica que se

realiza à redação do artigo, como se denota dos exemplos citados no parágrafo anterior, é que se abriu a possibilidade de negociação de direitos ou interesses indisponíveis, ou seja, diretamente referidos à dignidade do trabalhador.

Ainda, e de modo surpreendente, o artigo 611-B, em seu parágrafo único, prevê que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”, indo em sentido contrário a um entendimento consolidado pela doutrina.

Segundo lição de Arnaldo Sússekkind (2005, p. 803), a limitação da duração do trabalho ostenta os seguintes fundamentos:

- a) de natureza biológica, uma vez que visa a combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço; b) de caráter social, por isto que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família; c) de índole econômica, porquanto restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.

Como apontam Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

A fisiologia forneceu os dados para o primeiro fundamento científico da conveniência da

limitação da duração do trabalho. De fato, cientistas verificaram que o organismo humano sofre desgastes quando se põe em atividade, queimando as energias acumuladas numa maior proporção.

Os modernos fisiologistas descrevem, com luxo de pormenores, o processo pelo qual a fadiga se instala insidiosamente no organismo humano quando desenvolve prolongada atividade. A perda do oxigênio do sangue, o aumento de sua taxa hidrogênica, a formação excessiva de ácido láctico e do CO^3H^2 são alguns dos fatores que concorrem para a formação das toxinas da fadiga. A acidemia que se forma excita a respiração e aumenta a ventilação pulmonar, produzindo os sintomas subjetivos do mal-estar ou dispnéia.

Se o organismo humano se entrega a uma atividade sem trégua, a fadiga se converte em fadiga crônica. Esta, como observa LABRANCA, predispõe o indivíduo às doenças e conduz à invalidez e velhice, abreviando a vida humana. PALACIOS, estudando as projeções sociais da fadiga, demonstra a sua nociva influência sobre o desenvolvimento do próprio organismo, a mortalidade, os acidentes do trabalho, a tuberculose, e até mesmo a fadiga hereditária, como uma das causas mais sérias das perturbações sofridas pelo organismo da mulher, que repercutem dolorosamente na descendência.

Salienta-se que não se trata, apenas, de fadiga muscular, eis que cada impulso de trabalho dado

a um músculo provoca o que se chama irritação no sistema nervoso central. A continuada operação produz desgaste da substância nervosa, e determina a fadiga cerebral com todas as conseqüências.

Consideradas, pois, as limitações inerentes ao organismo humano em face da fisiologia do trabalho, e as conseqüentes alterações físicoquímicas que este produz sobre aquele, não podia o legislador permanecer indiferente diante do problema da duração do trabalho. (GOMES; GOTTSCHALK, 1968, p. 270-271)

Como se pode perceber, torna-se evidente que a supracitada previsão desnatura por completo os institutos, servindo de instrumento meramente para uma flexibilização em área que não poderia, em verdade, ser negociada *in pejus*.

É também constatável o inevitável surgimento de reflexos na atuação da Justiça do Trabalho, dos entes de inspeção do trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

Isto porque o §3º do art. 8º da CLT, com a redação da Reforma, dispõe que, no exame da convenção ou acordo coletivo do trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Assim, resta bastante reduzida a margem de atuação dos juízes do trabalho quando da análise do quanto estabelecido nas negociações.

Nesta linha, a reforma em discussão afetará diretamente a atuação do MPT e da Auditoria Fiscal do Trabalho. Ao se implantar a

prevalência do modelo negociado sobre o legislado, a atuação do *Parquet* Laboral e das Superintendências Regionais do Trabalho ficará adstrita, em suma, à verificação das formalidades dos acordos e convenções coletivas.

7 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO NEGOCIADO E DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Ultrapassadas essas variadas exposições necessárias para um adequado posicionamento dentro da polêmica suscitada, impõe-se agora a necessidade de uma discussão mais concentrada acerca dos impactos de um modelo majoritariamente negociado em solo brasileiro.

Todavia, antes de adentrar nesse assunto, é necessário que o leitor tenha em mente duas importantes premissas.

A primeira é a de que, ante a complexidade do tema, não se pretende aqui abordar uma receita pronta ou simplesmente trazer uma lista de “prós” e “contras” do modelo negociado. Diametralmente, busca-se, de maneira fundamentada, após amplo estudo doutrinário realizado, elencar, a partir da realidade brasileira, os motivos pelos quais determinada circunstância tende ou não a funcionar no Brasil.

A segunda premissa é de que, entendendo o forte e amplo espectro ideológico que a análise do tema pode ensejar, busca-se abordar a questão da maneira mais objetiva possível, sempre fundamentando as razões pelas quais se elencou tal condição como vantajosa ou não, restringindo-se eventuais juízos de valor puramente ideológicos na análise.

Não por menos, e de acordo com o exposto, o surgimento da convenção coletiva de trabalho gerou uma considerável repercussão frente às amplas possibilidades que trazia à mente dos juristas de todo o mundo. Como destacaram seus maiores entusiastas, formava-se uma nova fonte normativa diante de seus olhos, capaz de rivalizar com a própria legislação tradicionalmente posta.

Orlando Gomes, no longínquo ano de 1936, deixa bem claro esse rebuliço para a doutrina jurídica internacional da época causado pelo instituto, cabendo destaque ao seguinte trecho, em referência ao jurista francês León Duguit:

[...] Basta assinalar, acompanhando a lição do mestre de Bordeaux, que a convenção coletiva apresenta-se com todas as características de uma verdadeira lei, do ponto de vista material, mas que não emana do Estado, senão da vontade de particulares, por acordo. Verificado o carácter preponderantemente normativo da instituição, concorrendo com o Estado na função reveladora do Direito, fácil é avaliar a importância que assume, na esfera jurídica, esse curioso fenómeno que surge impregnado de um sentido profundamente revolucionário. (GOMES, 1936, p. 35)

Como também, tratando de Gaston Morin:

A determinação do carácter normativo da convenção coletiva, a que Duguit chegou, pela demonstração da existência de todos os elementos característicos de uma lei, constitui para Gaston

Morin um sintoma pronunciado de decadência da soberania da lei. (GOMES, 1936, p. 35)

E, de fato, não se pode considerar exagero as reações a essa inovação. Como disposto anteriormente, a experiência internacional mostrou como houve grande espaço para um maior ou menor aproveitamento de seu potencial. O Brasil, por sua vez, buscando mais uma vez em sua história dar um maior peso jurídico à negociação coletiva, implementou um modelo onde esta prevalece sobre o legislado de forma ampla, e tratar a questão negligenciando a vastidão do tema, simplificando o debate como uma disputa onde haveria opções absolutamente adequadas, é fazer pouco caso de tais opiniões elencadas e da própria cultura jurídica internacional.

Pois bem, feitas tais ponderações, observa-se o seguinte quadro:

Um eventual benefício da adoção de um modelo negociado é a própria simplificação do procedimento de elaboração de normas que regulam a relação laboral, se comparadas com a lei. Esta situação, em tese, tendo em mente todas as situações anteriormente elencadas no presente estudo, que poderiam vir a prejudicá-la, é capaz de ensejar uma maior facilidade para as partes adotarem normas que melhor regulassem a relação, podendo também superá-las com maior facilidade, sem depender de um processo legislativo formal (MARTINS, 2015, p. 892).

Desta circunstância também decorre o fato de que a negociação é específica, melhor atendendo aos interesses particulares das categorias em negociação (MARTINS, 2015, p. 892). Há que se ter em mente que atualmente predomina uma alta especificação do trabalho, principalmente em setores mais desenvolvidos da indústria brasileira;

em razão disto, as classes de empregados e empregadores têm cada vez mais demandas específicas que uma lei geral e abstrata não pode tutelar.

Há que se registrar ainda a valorização da autonomia privada coletiva das partes em negociação, com estas tomando o protagonismo da relação jurídica da qual integram, e que, justamente por serem partes da relação, estariam mais legitimadas a tutelar seus interesses de forma mais adequada, após incessantes negociações, do que o Estado.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 53), “é um modelo democrático, pluralista, compatível com o Estado de Direito, que nele encontra uma forma adequada de realização”.

Esse mesmo autor defende ainda, em sequência, sua maior eficácia em relação aos demais modelos, “uma vez que o que é consentido conta com a probabilidade de ser cumprido de modo heterônomo”.

Todavia, a questão que merece reflexão é se estes benefícios elencados poderiam, mormente no caso brasileiro, prejudicar os interesses da parte mais frágil do embate entre capital e trabalho, o próprio trabalhador.

Deste modo, respeitável argumentação é trazida por diversos especialistas na questão, na tentativa de demonstrar como a adoção de um modelo negociado, no Brasil, ocorreria com o aviltamento dos direitos trabalhistas e da saúde e segurança do trabalhador, e que eventuais vantagens do modelo não passariam de falácias argumentativas.

É necessário, portanto, tomar cuidado com “a sacralização do dogma da autonomia da vontade com suas sequelas” (NASCIMENTO, 2011, p. 53).

Se, por um lado, há de fato experiências exitosas de modelos onde a negociação coletiva é permitida amplamente, por outro é necessária a constatação de que há uma razão para que muitos países, especialmente os subdesenvolvidos, adotem o modelo da regulamentação estatal.

Sendo o Brasil uma nação de dimensões continentais, com distintas realidades socioeconômicas, a atuação sindical é desproporcionalmente distribuída. Regiões que concentram a indústria, por exemplo, possuem, na maioria das vezes, sindicatos mais ativos na defesa dos seus membros, fato não constatável em outras partes do país.

De tal modo, “essa circunstância fundamenta o intervencionismo básico da legislação trabalhista, assim como o poder arbitral atribuído [...] a tribunais ou conselhos de conciliação e arbitragem” (SÜSSEKIND, 2001, p. 424). Corre-se o risco, em uma reforma que desregulamente o Direito do Trabalho, de perpetuar ou mesmo ampliar as diferenças nos níveis de desenvolvimento social e proteção ao trabalhador nas diferentes áreas brasileiras e nas diferentes categorias profissionais.

Não se pode menosprezar, nesses moldes, a seguinte constatação:

Ao arbitrarem ou julgarem os conflitos coletivos de trabalho, os referidos tribunais ou conselhos se convertem em instrumentos de *equidade social*, quando estendem vantagens obtidas por sindicatos representativos e atuantes a categorias

destituídas de poder de pressão. O desempenho dessa tarefa, de magna importância sob o prisma da macroeconomia, evita a indesejável criação de um elitismo operário, quer em razão de categorias profissionais, quer em termos de regiões, o que constitui hoje grande preocupação das centrais sindicais em alguns países. (SÜSSEKIND, 2001, p. 425)

Nesse passo, imperioso consignar que a redação do artigo 611-A da CLT, cujo §1^o visa limitar a análise do judiciário trabalhista, no exame de acordos ou convenções coletivas, às questões formais e conformidade dos elementos essenciais ao negócio jurídico, poderia limitar a atuação que busca a *equidade social*, conforme citação *supra*, característica do judiciário trabalhista.

Como alhures indicado, a estrutura sindical brasileira nem sempre se apresenta adequada para os interesses da categoria. Sendo verdade que “quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva” (SÜSSEKIND et al., 2005, p. 1182), dificilmente a adoção de um modelo que privilegie o negociado sem as devidas reformas sindicais ensejará adequado quadro para a classe trabalhadora.

Com efeito, a adoção de um modelo que privilegie o negociado em detrimento do legislado não prescinde de prévia reforma do sistema sindical brasileiro, de forma que as entidades sindicais se tornem mais

⁶ Art. 8º §3º da CLT, alterado pela Reforma Trabalhista: “No exame da convenção ou Acordo Coletivo, a Justiça do Trabalho analisará preferencialmente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, balizada sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

representativas, ampliem a sua capacidade de negociação e se aproximem dos respectivos filiados.

8 CONCLUSÃO

Os grupos de pressão espalhados em nossa sociedade, referenciados na introdução desse artigo, por vezes estipulam quadros de antagonismo entre o bem e o mal na defesa de seus interesses contra os adeptos de correntes contrárias de pensamento. Apresentam-se como detentores da única solução que contemplaria o bem-social, defendendo-a dos demais grupos que não tracejariam caminhos para a sua obtenção, seja por ignorância ou mesmo má-fé.

Polarizada, a sociedade acaba, quando tais situações emergem, presa em impasses, sofrendo danosas consequências quando finalmente impera apenas uma solução extremada do conflito.

Evitando cair em defesas maniqueístas de determinados modelos, o presente trabalho constatou que as opções políticas possíveis no conflito entre o legislado e o negociado não importam necessariamente na melhoria ou piora da sociedade, mas, certamente, exigem a criação de uma estruturação normativa capaz de desenvolver os potenciais da resposta adotada, sendo inadequada uma simples defesa em abstrato de determinada solução, devendo ser também pontilhado adequadamente os meios que a sustentarão.

Dito isso, a adotada prevalência do negociado não se sustenta com a manutenção de um ordenamento construído como um todo partindo da premissa contrária, ou seja, da prevalência do legislado.

Urgem, para a funcionalidade de um novo modelo, outras reformas ainda pouco debatidas no atual contexto brasileiro, especialmente a reforma sindical, já que são os entes sindicais peças de destaque nas próprias negociações coletivas, não sendo possível se falar em justiça do negociado antes de se ter consolidado uma adequada representação das partes da relação trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAMATRA, ANPT, SISNAT. **Nota Técnica Reforma Trabalhista**. Disponível em: https://sinait.org.br/docs/NOTA_TECNICA_ANPT_-_SINAIT_-_ANAMATRA_-_REFORMA_TRABALHISTA.PDF. Acesso em 05 de maio de 2017.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 5. ed. São Paulo, SP: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

GOMES, Orlando. **A convenção coletiva de trabalho**. Salvador, Bahia: Gráfica Popular, 1936.

_____; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1968.

_____. **Questões de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo, SP: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

PADILHA, Viviane Herbst. **Negociação Coletiva como instrumento de flexibilização das condições de trabalho**. 2016. 110 F. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, com menção em Direito Laboral). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. 2016. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/33053/1/Negocia%C3%A7%C3%A3o%20Coletiva%20como%20instrumento%20de%20flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20trabalho%20-%20Viviane%20Herbst%20Padilha.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2017.

Organização Internacional do Trabalho. **A liberdade sindical**. Tradução: Edilson Alkmim Cunha. Brasília, DF: Organização Internacional do Trabalho; São Paulo: LTr, 1994.

SOARES FILHO, José. **A Negociação Coletiva em Face das Relações de Trabalho**. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/94656/2016_soaresfi

AS ROTAS NEGOCIAIS COLETIVAS TRABALHISTAS NO BRASIL: O CONFLITO COM O LEGISLADO

lho_jose_negociacao_coletiva.pdf?sequence=1. Acesso em 20 de maio de 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

_____ et al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo, SP: LTr, 2005.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

*Camila Martins Schiavone**

*Tatiana Coutinho Pitta***

RESUMO: A história feminina é marcada pela hierarquização dos gêneros. O objetivo do trabalho foi compreender a cultura machista disfarçada nas relações cotidianas, que sustentam a violência contra a mulher e ofende os direitos humanos. Buscar-se-á entender a responsabilidade do Estado em enfrentar a incidência do machismo por meio do desenvolvimento de Políticas Públicas que efetivem os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Utilizou-se do método dedutivo, que partiu do estudo da cultura machista como uma afronta aos direitos femininos e verificou a responsabilidade estatal em promulgar ações preventivas no combate à violência contra a mulher. Instrumentos normativos internacionais e internos reconheceram, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que as mulheres precisam de proteção especial, elencando a violência de gêneros como uma afronta aos direitos humanos. A normalização do machismo intensifica a violência doméstica, o que possibilitou identificar a violência simbólica como precursora da violência de gêneros e o seu enfrentamento como prevenção para as demais agressões contra as mulheres. Surge a responsabilidade estatal de desenvolver Políticas Públicas que alterem esta cultura, pois estas

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – campus Maringá, Pós-graduanda em Direito Civil, Processual Civil e Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – campus Maringá. Endereço eletrônico: camilamschiavone@hotmail.com

** Professora do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – campus Maringá, Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar. Endereço Eletrônico: tatianacpitta@gmail.com

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

possibilitariam o empoderamento feminino e materializariam as garantias formalmente previstas. Esta prevenção se dará pela alteração do panorama cultural machista, que legitima a violência de gêneros e denuncia a violência simbólica como a primeira agressão feminina e como subsídios para as demais violências.

Palavras-chave: Violência simbólica; Machismo; Gênero.

ABSTRACT: Women's history is marked by the hierarchy of genders. The purpose of this study is to understand the incidence of disguised machismo culture in everyday relationships of Brazilian society, which underpin violence against women and violating the human rights. Another point is, to seek to understand the state's responsibility in confronting the incidence of machismo through the development of public policies that enforce the fundamental rights provided in the Constitution and in international human rights treaties ratified by Brazil. We used the deductive method. It was based on the machismo culture study as an affront to women's human rights as well as to verify the state responsibility to enact preventive public policies to combat violence against women. International and internal legal instruments recognized, in the light of the principles of human dignity and equality, that women need special protection, listing the violence of gender as an affront to human rights. Normalization of machismo intensifies domestic violence, which highlighted the symbolic violence as a precursor of the violence of gender, so that its confrontation will prevent other attacks on women before they come true. There is the state's responsibility to develop public policies that change the machismo culture, as they would enable the empowerment of women, materializing the formally provided guarantees. This prevention will be made by changing the sexist cultural panorama, which legitimizes

genders violence and denounces the symbolic violence as the first female aggression and as subsidies for other violence.

Keywords: Violence: against women; Machismo culture; Public Policy.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Do Reconhecimento Estatal do Combate à Violência Contra a Mulher; 3 A Violência Simbólica como Primeira Agressão contra a Mulher e como Amparo para as Demais Violências; 4 Das Atuais Políticas Públicas no Combate à Violência contra a Mulher; 5 Do Combate à Violência Simbólica como Forma de Prevenção das Demais Violências Contra a Mulher; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A história feminina é marcada pela hierarquização de homens e mulheres, fundamentada pela cultura machista que criou os papéis ideais sobre o que significa ser homem e ser mulher, de forma que se propagou a polarização dos sexos e os tornou antagônicos entre si.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como requisito intrínseco de todos os seres humanos, iluminou os tratados internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico interno, o que reconheceu as mulheres como titulares de direitos e caracterizou a violência e a discriminação de gêneros como uma afronta aos direitos humanos e fundamentais.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Com este reconhecimento jurídico e com o auxílio do movimento feminista, as mulheres passaram a ter maior visibilidade e conquistaram direitos e espaços dominados exclusivamente por homens. No entanto, a aceitação da cultura machista está tão fortemente atrelada nas relações sociais, que impediu a devida igualdade entre homens e mulheres.

Atualmente o machismo ganhou uma nova forma de manifestação. Ele encontrou respaldo nas relações corriqueiras e foi normalizado pela sutileza com que estereotipam o masculino e o feminino, de forma a legitimar a violência simbólica, a qual ampara as demais violências contra a mulher.

Este trabalho se justifica na análise das políticas públicas de enfrentamento preventivo da violência contra a mulher, acreditando que a atenção estatal deve ser voltada para o desenvolvimento de ações sociais que busquem uma alteração do panorama cultural da sociedade brasileira, uma vez que as construções de gênero reforçam e legitimam a violência simbólica, além de intensificarem a violência contra a mulher. Assim, se faz necessário, o combate à violência antes que elas se materializem em agressões aparentes, o que implica no enfrentamento da violência simbólica como prevenção e extirpação da violência de gêneros.

2 DO RECONHECIMENTO ESTATAL DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A subordinação feminina é resultado de uma cultura machista e patriarcal que restringiu a mulher a ser protagonista de suas histórias. O empenho das mulheres para serem reconhecidas como titulares de

direitos foi impulsionado, especialmente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e pelo Movimento Feminista do século XX. As reivindicações femininas demonstraram a necessidade de proteger a mulher e trouxeram à tona discussões acerca dos direitos à igualdade, liberdade sexual e reprodutiva, diversidade, à redefinição dos papéis sociais (MAZZUOLI, 2014, p.220), que compuseram os valores universais contemplados pela dignidade da pessoa humana.

Diante da história de segregação feminina, o Movimento Feminista, em suas ondas ideológicas, buscou repensar e recriar a identidade de sexo, de modo a desvincular homens e mulheres de modelos hierarquizados e elencar a qualidade de cada um como atributo de ser humano (ALVES; PITANGUY, 1982).

Este movimento passou a utilizar a palavra gênero para denunciar as relações de poder inscritas socialmente e historicamente como próprias das funções desempenhadas por homens e mulheres (PITTA, 2014), uma vez que sexo e gênero não possuem o mesmo significado. A diferença entre eles é a de que o sexo se baseia no corpo orgânico, biológico e genético para determinar a natureza masculina e feminina, enquanto, o gênero, sinaliza os aspectos culturais, a fim de estabelecer os papéis sociais a serem exercidos por homens e mulheres (PITTA, 2014).

O problema é que as diferenças biológicas entre o masculino e o feminino se tornaram pretextos para naturalizar as diferenças socialmente construídas entre os homens e as mulheres, de forma que a divisão entre os gêneros parece estar naturalmente inserida nas relações cotidianas e que acabam por serem vistas como inevitáveis (BOURDIEU, 2012), buscando uma diferenciação biológica inexistente que justifique as suas imposições (CAMPOS, A. 2012).

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Neste contexto, a cultura machista ganhou espaço e se tornou um padrão universal de comportamento, que passou a reger as relações pessoais e sociais e a contrapor o masculino e o feminino para se tornarem excludentes entre si, assim como reforçou a superioridade masculina nas áreas que os homens consideram importantes (CASTAÑEDA, 2006).

Estas oposições inculcadas pelo machismo sobre o que significa ser homem e ser mulher são as principais precursoras da desigualdade e da violência de gêneros, pois estabelece toda uma estrutura de vida baseada em papéis ideais de masculino e feminino, além de criarem a aparência de que aquilo que está fora deste padrão de comportamento não é correto e que deve ser socialmente punido.

A substituição do termo sexo por gênero teve por escopo focar os estudos nas relações culturais e sociais, excluindo as condições biológicas como justificativas das opressões masculinas. Essa perspectiva trouxe uma esperança para o fim da violência contra as mulheres, já que quando explicadas sob o enfoque das características do sexo, a realidade torna-se imutável, enquanto sob as perspectivas de gênero, abrangem uma possibilidade de mudança (PITTA, 2014). Não obstante atualmente as mulheres tenham adquirido uma postura de protagonistas de suas histórias e de seus direitos, a desigualdade de gêneros e a violência contra a mulher ainda são uma realidade a ser superada. Estas agressões estão respaldadas nesse símbolo cultural que vinculou o feminino¹ ao seu próprio espaço social, reprimindo os

¹ “Fe.mi.ni.no *adj* 1. Que se refere ou pertence à mulher; 2. Próprio da fêmea; feminil.” (AMORA, Antonio Soares. **Minidicionário Soares Amora da Língua Portuguesa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 312).

direitos humanos das mulheres, primordialmente no que se concerne a sua dignidade como ser humano.

É preciso analisar, então, a postura estatal de reconhecer a violência contra a mulher como uma realidade social, sob o enfoque da Teoria do Reconhecimento de Hegel. Segundo este autor, o termo reconhecimento aborda mais do que a identificação cognitiva de uma pessoa, já que ser reconhecido atribui um valor pessoal positivo, que pode ser definido pelo respeito (VALENTE; DE CAUX, 2010).

De acordo com Bobbio (2004), este reconhecimento fez com que os Estados percebessem novos personagens como sujeitos de direitos, que, em razão de sua vulnerabilidade social e de sua historicidade, mereciam proteção e trouxeram à tona as discussões acerca da dignidade da pessoa humana como basilar para os direitos humanos.

Com o reconhecimento da mulher como sujeito social, que é capaz de mudar sua situação de desigualdade, tornou-se evidente que gênero é composto tão somente por aspectos culturais (VILHEMA, 2011). Afinal, a cultura criou na mulher um símbolo de feminilidade que direciona seus vínculos afetivos e sociais, fazendo com que as características do gênero feminino sejam suficientes para legitimar a violência suportada pelas mulheres e não as proporciona uma vida digna.

A dignidade da pessoa humana corresponde ao valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, fazer escolhas e determinar seu próprio destino (BARROSO, 2014). Por isso, ela expressa a condição superior do ser humano como uma característica inerente à pessoa humana e afasta de seu conceito

quaisquer questões relacionadas ao merecimento social ou pessoal (PITTA, 2014).

Ao longo da história, a dicotomia do “eu *versus* o outro”, justificou as mais graves violações aos direitos humanos, pois se utilizou da diversidade como razão para enxergar o outro como um ser menor e aniquilar seus direitos. Por esta razão, o pós-guerra visou reconstruir toda a ruptura de direitos causados pela Segunda Guerra Mundial e, neste contexto, a concepção universal de direitos humanos foi introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, trazendo a universalidade e indivisibilidade desses direitos (PIOVESAN, 2012).

A importância desta declaração está na mudança que ela trouxe para a sociedade internacional. Criou-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos que possibilitou a instituição de diversos instrumentos internacionais de proteção que visam a alcançar a igualdade material de sujeitos específicos, os quais foram reafirmados pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 (PIOVESAN, 2012).

No que tange especificadamente à proteção internacional às mulheres, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção CEDAW), de 1979, merece ser destacada, pois foi a primeira a abordar a questões acerca da discriminação feminina.

A Convenção CEDAW preceitua que a hierarquia entre homens e mulheres e a necessidade da elaboração de ações afirmativas para corrigir as desigualdades existentes e promover a inclusão. Assim, ela se tornou o parâmetro mínimo de “ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações,

direcionando toda e qualquer política pública à eliminação da discriminação contra a mulher [...]” (CAMPOS, A. 2012, p. 139).

A temática da violência contra a mulher é observada pela Declaração sobre Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), aprovada pela OEA em 1994 (PIOVESAN, 2012).

Tais convenções reconheceram que as agressões contra a mulher, sejam elas no espaço público ou privado, são uma afronta aos direitos humanos, pois impedem as vítimas de exercerem os demais direitos fundamentais, de forma total ou parcial, vez que a violência acontece com base no gênero, pelo simples fato da vítima ser mulher, o que reflete as relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres (PIOVESAN, 2012).

Estes tratados internacionais inovam ao elencar um catálogo de direitos a serem assegurados às mulheres e ao reconhecerem a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado. Como exemplo disso destaca-se importantes decisões deste sistema interamericano: o fomento à reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção da lei de violência doméstica no Chile e a determinação da criação da Lei Maria da Penha no Brasil (PIOVESAN, 2012).

Outros importantes instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos das mulheres são a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995, os quais enfatizam os direitos femininos como “parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais” (PIVEOSAN, 2015, p.207).

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Além dos indigitados instrumentos normativos internacionais e regionais, a Organização das Nações Unidas (ONU) também luta pelo fim da violência contra as mulheres. Dentre as ações motivadas pela ONU, destacam-se as seguintes campanhas globais: 16 dias de ativismo pelo fim da violência contra a mulher; a Plataforma de Pequim: Inspiração Ontem e Hoje; Una-se pelo Fim da Violência contra as Mulheres; o *Orange day* ou Dia Laranja, Pequim+20 “Empoderar Mulheres. Empoderar a Humanidade. Imagine!”, o movimento ElesPorElas (*HeForShe*) e o Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios).

Com a ratificação destes instrumentos internacionais, inúmeros direitos, que não estão previstos no âmbito nacional, passam a incorporar o direito brasileiro, estendendo e ampliando o universo dos direitos constitucionalmente assegurados (PIOVESAN, 2015).

A primeira proteção nacional das mulheres encontra-se fundamentada no artigo 1º, inciso III da Carta de 1988, que elege a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Outrossim, o artigo 5º da Constituição Federal vigente apresenta o rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, apresentando em seu *caput* a igualdade como mecanismo de equiparação e redução de desigualdades (CAVALCANTE, 2012.).

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana, pois há uma busca pelo bem-estar dignificador do indivíduo (CAVALCANTE, 2012). Partindo da concepção da materialização da igualdade como uma maneira de se dignificar o sujeito, o constituinte enfatizou, no artigo 5º, inciso I da Constituição da República, a equidade entre os gêneros, de forma que

a diferença entre homens e mulheres jamais poderiam justificar qualquer desigualdade (CAMPOS, A. 2012).

Ainda na esfera constitucional, o artigo 226 representa grandes avanços no que se refere à proteção da mulher. Ao consagrar a família como a base da sociedade, o legislador inovou em dois aspectos: no dever estatal de tutela singular dos membros que a compõe e no resguardo das relações advindas do convívio familiar, como por exemplo, a partilha de bens no divórcio e a condição da mulher como herdeira.

Conseqüentemente, no âmbito infraconstitucional, há leis que se enquadram no rol de políticas públicas desenvolvidas pelos entes federativos, com a finalidade de alcançar a efetiva igualdade e dignidade das mulheres. Dentre as mais variadas legislações que visam assegurar os direitos femininos, sem sombra de dúvidas, merece maior destaque a Lei 11.340/2006. A denominada Lei Maria da Penha representa um cumprimento Estatal às garantias previstas nas Convenções de Belém do Pará e Convenção CEDAW (CAMPOS, A. 2012), diante da ineficácia e do descaso da Justiça brasileira para com as vítimas de violência intrafamiliar.

A violência suportada por Maria da Penha é elucidativa quando se trata deste tema, pois demonstra a ineficácia do sistema jurídico brasileiro. Por este motivo, a criação desta lei rompeu com a “invisibilidade que acoberta este grave padrão de violência que são vítimas tantas mulheres, sendo símbolo de uma necessária conspiração contra a impunidade” (PIOVESAN, 2012, p.80-82).

O advento desta legislação trouxe inovações extraordinárias para a mudança da concepção interna de violência doméstica, dentre as quais se salienta a perspectiva preventiva e repressiva deste delito, que

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

leva em consideração as condições peculiares das mulheres submetidas a esta situação (PIOVESAN, 2012).

Esta legislação visa coibir os papéis estereotipados socialmente que legitimam ou exacerbam a violência doméstica e familiar. Pretende, ainda, uma revolução da realidade, dispondo sobre a necessidade de se ter em currículos escolares, em todos os níveis de ensino, conteúdos relativos aos direitos humanos, igualdade de gêneros, raça, etnia e, inclusive, da violência doméstica e familiar (CAMPOS, A., 2012 p.109).

A consequência disso é o enfrentamento da violência de gêneros como um todo, inclusive a simbólica, uma vez que se reforça a isonomia de gêneros e a dignidade da mulher como sujeita de direito, que não deve ser submetida a nenhum tratamento que a coloque em um patamar inferior ao dos homens ou do Estado.

De acordo com Dias (2010, p. 31), “chegou o momento de resgatar a cidadania feminina. E a lei 11.340/2011 é a resposta para o inquietante problema da violência doméstica”. No entanto, para se cumprir esta legislação, há a necessidade da adoção de um sistema de proteção que salvasse a mulher de seu agressor para que ela tenha coragem de denunciar a violência, sem temer que sua dor seja desmerecida (DIAS, 2010).

Apesar disso, a Lei Maria da Penha é um instrumento legal cauteloso, detalhado e abrangente, que contextualiza as exigências da Convenção sobre eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher, juntamente com a Constituição da República de 1988 (DIAS, 2010).

Esta legislação representa o esforço do legislador para, por meio do Direito como instrumento transformador da realidade, enfrentar e vencer uma violência arraigada historicamente na cultura do país e que não escolhe classe social, raça ou religião para se manifestar (DIAS, 2010).

Insta salientar que, em 09 de março de 2015, foi promulgada a lei 13.104, que qualificou o homicídio feminino, baseado no simples fato das vítimas serem mulheres, inserindo este delito no rol dos crimes hediondos.

Mais do que criar legislações específicas de proteção à mulher, é preciso verificar sua eficácia, a fim de não torná-las apenas representativas e sem aplicação ou, então, em um processo contrário ao objetivo de qualquer lei, punir as vítimas retirando-lhes seus direitos fundamentais e criando um ordenamento jurídico cuja finalidade seja apenas contentar a sociedade diante desta realidade social.

3 A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA COMO PRIMEIRA AGRESSÃO CONTRA A MULHER E COMO AMPARO PARA AS DEMAIS VIOLÊNCIAS

O estudo da violência traz em mente os atos de hostilidade que causam debilidades aparentes na vítima. No entanto, há uma modalidade de violência, denominada como simbólica, que é compreendida pela “violência suave, invisível as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas de comunicação e do conhecimento (BOURDIEU, 2012, p. 12)”, a qual ampara outras agressões de cunho emocional, sexual e físico.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Ela abarca formas sutis do machismo acobertadas pelas relações cotidianas e justificadas pelo descumprimento dos estereótipos de gênero, os quais são continuamente reproduzidos pelas instituições sociais, como as famílias, religiões, escolas e o Estado (BOURDIEU, 2012).

Para retratar a sutileza destas agressões, uma recente pesquisa realizada com jovens de 16 a 24 anos apontou que não obstante 96% dos entrevistados reconhecem o machismo na sociedade brasileira, muitos deles reproduzem práticas sexistas sem que percebam, vejamos: de um percentual de 66% das mulheres que afirmaram já terem sido alvo de atitudes machistas, apenas 8% delas admitiram já terem sofrido alguma agressão pelo parceiro e somente 4% dos homens reconheceram já terem agredido suas parceiras (ARAÚJO, 2015).

A violência contra a mulher, retratadas nas agressões aparentes, é apenas a ponta do ciclo violento, por persistir o imaginário que vincula a figura feminina aos estereótipos de feminilidade, de forma que quando as mulheres agem diferentes dos valores culturais, se evidenciam razões para fundamentar a violência nas suas mais variadas formas, bem como para culpabiliza-la pelas agressões suportadas.

Nesta perspectiva, a produção cultural valida a imagem ideal que se espera de cada indivíduo dentro da sociedade (BREDER, 2003) e propaga a violência simbólica que se mostra presente em discursos, propagandas, piadas e no senso comum (LARA, et. al., 2016). Um dos principais instrumentos desta violência é a mídia, que naturaliza a dominação entre os gêneros e ratifica os discursos culturais, inserindo-os na vida cotidiana a ponto de produzir efeitos muito reais (LARA, et. al., 2016).

Os símbolos, enquanto instrumentos de comunicação e linguagem tornam-se instrumentos da constituição do coletivo e criam um consenso acerca do sentido do mundo social que contribui, fundamentalmente, para a reprodução da ordem social (BOURDIEU, 1989).

Um dos efeitos concretos da violência simbólica é a violência doméstica, em razão da justificção, tolerância ou estímulo de práticas sexistas que acontecem dentro do ambiente doméstico. Conforme o Mapa da Violência de 2015, 55,3% dos crimes relacionados à violência de gênero no Brasil foram praticados dentro do ambiente doméstico e 33,2% dos homicidas eram parceiros ou ex-parceiros das vítimas (WAISELFIZS, 2016).

Ser mulher significa atender positivamente a todos os padrões de gênero como uma falsa ideia de empoderamento, a fim de se protegerem das mais variadas formas de violência, o que resulta na propagação a violência simbólica. Assim, como primeira agressão sofrida pelas mulheres, a violência simbólica se materializa em outros atos hostis que se revelam como problemas sociais, sendo preciso combatê-la por meio da atuação estatal.

A conscientização da violência simbólica está na denúncia e na transformação da construção social da imagem da mulher (ALVES; PITANGUY, 1982), buscando uma identidade feminina que as represente. A partir disto, se enfrenta as demais violências contra a mulher, inclusive a doméstica, pois se promove a afirmação feminina, por meio do reconhecimento da igualdade e da dignidade das mulheres.

4 DAS ATUAIS POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Para atingir o escopo de proteger as mulheres, o Estado brasileiro utiliza-se das Políticas Públicas, que buscam garantir o mínimo existencial do ser humano, as quais demonstram a ação estatal em prol da concretização de um direito (PITTA, 2014).

A importância da adoção de Políticas Públicas no combate à violência de gêneros está no empoderamento que elas possibilitam às mulheres, pois investem em processos sociais que aumentam a potencialidade das mulheres superarem as discriminações, fortalecendo a sua cidadania através de mudanças internas e externas (BASTERD, 2003).

Em 2004, a Presidência da República criou o I Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres (PNPN), cujo foco principal estava na “autonomia, igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusiva e não sexista; saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos; e, enfrentamento à violência (PITTA, 2014, apud. BRASIL, 2004)”.

Em 2008 foi lançado o II Plano Nacional de Políticas Públicas: mais cidadania para as brasileiras, o qual buscou o reconhecimento da redistribuição dos recursos, a fim de superar as desigualdades sociais que atingem as mulheres (BRASIL, 2008).

Este plano, entre outros avanços, tratou a violência doméstica como questão de segurança, justiça e saúde pública, buscando alterações culturais que transformassem este panorama (PITTA, 2014).

Segundo Pitta (2014), algumas metas estipuladas nos referidos planos não atingiram sua finalidade, principalmente no que se refere à criação de casas abrigos, construções de delegacias, consolidação do atendimento pelo ligue 180, implementação da notificação compulsória nos casos de violência doméstica e capacitação dos profissionais. Além

disso, não foi possível a criação de um Sistema Nacional de Informações sobre Violência contra as Mulheres, o que possibilitaria verificar a dimensão da violência no país.

No ano de 2011 foi elaborado o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, para o cumprimento de metas no período de 2012 a 2015, conjuntamente pelos Municípios, Estados e União. Instaurou-se uma rede de proteção à mulher no enfrentamento da violência, com atendimento multidisciplinar para tratamento das vítimas (PITTA, 2014).

Para período de 2013 a 2015 foi estabelecido o III Plano de Políticas Públicas para as Mulheres, o qual percebeu a necessidade de se enfrentar as práticas patriarcalistas enraizadas secularmente no cotidiano dos brasileiros, pois a busca pela igualdade e o enfrentamento das desigualdades de gênero fazem parte da história social do país (BRASIL, 2013).

Outra forma de o Estado efetivar as políticas de igualdade de gênero é aplicando nos materiais didáticos escolares uma educação não sexista, o que pôde ser verificado na prova do Exame Nacional do Ensino Médio de 2015, que abordou a violência contra a mulher e as questões de gêneros como temas de sua prova de redação e Ciências Humanas.

Em abril de 2016, o Estado brasileiro desenvolveu as Diretrizes Nacionais de Femicídio, cujo principal objetivo foi reconhecer que a violência contra a mulher, é intensificada pelas relações de gênero, que aumentam a vulnerabilidade e o risco de morte das vítimas. Por meio disto, é possível que o Estado aprimore sua atuação e se adeque às obrigações nacionais e internacionais assumidas em suas legislações (BRASIL, 2016).

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Há de se mencionar, ainda, que o Brasil utiliza-se de campanhas nacionais de conscientização da gravidade da violência de gêneros e da necessidade de se enfrentá-la como um problema social.

O Conselho Nacional de Justiça lançou a Campanha Nacional sobre a Lei Maria da Penha que veiculou nas emissoras de televisão, públicas e privadas, vídeos que demonstravam a realidade da vítima de violência, assim como realizou a V Jornada Maria da Penha.

Conjuntamente com o Haiti, Bolívia e a Guatemala, o Brasil lançou a campanha mundial “Ponto Final na Violência contra Mulheres e Meninas”, se valendo da divulgação de vídeos que buscavam mudanças de atitudes em relação à violência de gêneros.

A Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID), com o apoio do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJG), investiu na campanha “Lá em casa quem manda é o respeito!”, com o objetivo de incentivar as mulheres a denunciarem as agressões a que são submetidas, assim como a persistirem no processo judicial, quando instaurados.

A Campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A lei é mais forte” teve por escopo o esforço conjunto da União, dos Estados e dos Municípios para atingir a celeridade nos julgamentos dos casos de violência contra as mulheres e garantir a devida aplicação da Lei Maria da Penha.

Para demonstrar o direito das mulheres viverem dignamente, sem a incidência de uma violência constante, foram desenvolvidas as campanhas: “Desperte para essa causa. Mulher, Viver sem Violência” e “Mulher, Viver sem Violência – Punição ao agressor”, as quais trouxeram à tona a necessidade de se punir, socialmente e juridicamente, o agressor que comete estes crimes.

Com o foco na prevenção da violência de gêneros, a campanha “Quem Ama Abraça” envolveu as crianças no propósito de engajamento da sociedade na transformação de comportamentos acerca destas agressões, para desconstruir preconceitos e prestar informações sobre as estratégias de enfrentamento da violência contra as mulheres.

A ação “Violência contra as mulheres: Eu ligo – Campanha Nacional Ligue 180” disponibilizou peças teatrais em metrô, televisão, internet e ônibus, fomentando a denúncia dos casos de violência à Central de Atendimento à Mulher.

O Instituto Avon também colaborou com as ações estatais e desenvolveu a campanha “Fale Sem Medo”, cuja finalidade foi incentivar a discussão sobre a violência doméstica e encontrar soluções para a sua eliminação.

A campanha global “UNA-SE pelo Fim da Violência Contra as Mulheres” foi rapidamente aderida pelo Brasil, o primeiro país a responder a ela pela iniciativa “Homens Unidos pelo Fim da Violência contra as Mulheres”. Esta demonstrou um compromisso público de políticos e da sociedade civil para com a efetivação da Lei Maria da Penha e de Políticas Públicas que extirpem a violência de gêneros.

No entanto, diante da repercussão polêmica que as questões de gênero provocam socialmente, nota-se que ainda há preconceitos a serem superados acerca do empoderamento feminino. A sociedade não consegue perceber que com todas estas ações estatais, o que se busca é a efetivação plena de direitos fundamentais femininos previstos na Constituição Federal, a fim de dotá-las de maior cidadania e conscientização dos recursos para se posicionar e agir, repercutindo, por conseguinte, no campo social e político, devido ao equilíbrio nas relações entre homens e mulheres (CAMPOS, A., 2012).

Ademais, para se alcançar a eficiência das Políticas Públicas, é preciso ir para além da previsão dos direitos femininos, pois estão caracterizados na mudança cultural e preconceituosa que o Brasil

precisa vencer, a fim de alcançar a plena efetivação dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo a dignidade e igualdade das mulheres.

5 DO COMBATE À VIOLÊNCIA SIMBÓLICA COMO FORMA DE PREVENÇÃO DAS DEMAIS VIOLÊNCIAS CONTRA A MULHER

A violência foi institucionalizada pela sociedade, na medida em que é aceita implícita e explicitamente em suas relações sociais. A cultura machista e patriarcal, enquanto precursora da violência simbólica, é uma violência típica das sociedades, pois sustenta um sistema de dominação prevalente em todas as culturas, introduzida pela religião, leis e costumes (ALVES; PITANGUY, 1982).

A finalidade precípua de um Estado democrático e social de Direito é garantir as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social aos seus membros, tendo como pilar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana (PRADO, 2013), o que pressupõe a tutela aos bens jurídicos de seus cidadãos.

Para se atingir o escopo principal de garantir as necessidades básicas de seus cidadãos, o Estado se vale do direito para regular as relações sociais e acredita que por meio dele se protegerá os bens jurídicos dos seus cidadãos (CAMPOS, 1999). No caso da violência contra a mulher, a solução legal estaria no sistema penal, de modo que houve a criminalização destas condutas, como por exemplo, a violência doméstica, o estupro e o feminicídio, que garantiram um empoderamento feminino antes desconhecido.

Todavia, o sistema penal, por si só, não é um meio eficaz de proteção da vítima, uma vez que não previne novas agressões e, especialmente, não transforma as relações de gênero (CAMPOS, C., 1999), pois o fato de haver a criminalização das mais variadas violências contra a mulher, não significa que se extirpará a cultura de segregação. Além disso, este sistema transformou a mulher em vítimas latentes (OLIVEIRA, 1996), o que vitimiza as lutas femininas, reforça a culpabilização da mulher vítima de violência e contribui para a impunidade da violência contra a mulher.

Nesta perspectiva, o Direito Penal não é um meio eficaz de efetivação de políticas sociais, já que a proteção dos cidadãos não se resume, apenas, na criminalização das ações (PASCHOAL, 2003). É preciso enfrentar as questões relacionais, que vão além da punição do agressor, pois isto representa a última escala da cadeia da violência e não impede que as mulheres continuem sendo agredidas diuturnamente (PITTA, 2014).

A violência simbólica é a primeira agressão sofrida pela mulher, porquanto se valer do cumprimento dos papéis ideais de gênero para justificar suas imposições. Ela ataca diretamente os direitos humanos e fundamentais das mulheres, retirando seu direito a uma vida livre, igualitária e digna.

O combate à violência simbólica torna-se, então, uma importante medida preventiva e protetiva das mulheres vítimas de violência, especialmente a ocorrida dentro do ambiente doméstico, uma vez que a família é uma das grandes propagadoras das questões de gêneros.

A pesquisa “Por ser menina do Brasil: crescendo entre direitos e violência”, entrevistou meninas de 6 a 14 anos de todas as regiões do

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

país. Os dados revelaram que enquanto 76,8% das meninas lavam a louça e 65,6% limpam a casa, somente 12,5% e 11,4% de seus irmãos homens realizam, respectivamente, as mesmas tarefas. Diante destes dados, não é de se espantar que 50% dos casos de violência doméstica no país ocorrem em virtude do machismo.

Em conformidade com a pesquisa e como forma de demonstrar que a violência simbólica sustenta a violência contra a mulher, aponta-se o relato de uma jovem vítima de violência doméstica:

[...] Ele falava que gostava de arma branca porque matava aos poucos [...] Era uma tortura, e ele gostava. Batia em mim por qualquer motivo e dava risada [...]. Ele falava para eu fazer comida em um minuto. Como o arroz e feijão demora, ele vinha e já me batia com qualquer coisa que estivesse perto. Facão, faca de cozinha, pedaço de caibro, ferro, chinelo, tudo o que estivesse na frente. Ele também me mordía. Eu queria chorar, mas não podia. [...] (BELINI, 2015).

A Constituição da República assume um importante papel da efetivação das liberdades materiais nela asseguradas, justamente por prever um Estado social e democrático de Direito, o qual pressupõe a materialização destas garantias por meio de um mínimo de igualdade e justiça (PASCHOAL, 2003).

A problematização da atual estrutura familiar é uma das formas de se solucionar a violência de gêneros, especialmente a doméstica, pois ela prega uma hierarquia sustentada pelo patriarcalismo (LARA, et. al., 2016). Por meio disto, é possível contestar as relações intrafamiliares para não transferir um problema de ordem pública, como é a violência contra a mulher, para a esfera privada (VILHEMA, 2011), pois para

que haja a culpabilização do autor das agressões é preciso uma postura ativa da vítima em enfrentar os julgamentos sociais e denunciar as hostilidades resultantes da estrutura social.

Ademais, a violência contra a mulher resulta em efeitos negativos que refletem nos demais membros da família, visto que é no ambiente doméstico que a criança se forma para a vida em sociedade e aprende crenças e valores que influenciam no seu comportamento. Assim, uma família violenta gera indivíduos com esta característica, que muito provavelmente os reproduzirá em seus relacionamentos (PITTA, 2016), intensificando o ciclo em seus diferentes aspectos.

No entanto, devido à privacidade familiar, o Estado só pode adentrar nesta instituição quando houver efetiva ameaça aos direitos fundamentais de seus membros (FARIAS; ROSENVALD, 2015), de forma que não pode interferir para prevenir a violência contra a mulher, pois, nestes casos, a agressão já se materializou.

Diante disso, a educação se torna um instrumento de intervenção estatal no combate às violências de gêneros, uma vez que ela é um importante veículo de formação pessoal, transmissora de valores e de direitos, que o Poder Público tem a responsabilidade e legitimidade de garantir aos cidadãos.

Os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN) preveem a inserção das questões de gênero no ensino regular, porém “as questões relativas ao gênero deveriam perpassar não só a discussão sobre sexualidade, corpo e prevenção, mas os demais temas transversais (VIANNA; UBNEHAUM, 2006, p. 419)”, inserindo os valores de igualdade e respeito entre todos os gêneros.

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

Outro problema dos PCN é o de que eles estabelecem apenas instrumentos didático-pedagógicos para trabalhar as questões de gênero e se esquecem de que é possível se valer de outros materiais, como, por exemplo, brincadeiras com meninos e meninas que quebrem os estereótipos de gêneros (VIANNA; UBNEHAUM, 2006).

Por meio da educação não sexista, o Estado forma novos cidadãos isentos de preconceitos culturais e consegue, de forma indireta, adentrar no ambiente familiar sem que haja uma intervenção que retire a privacidade da família. A educação, assim como a família, possui efeito transgeracional que é capaz de causar uma mudança cultural efetiva e que combata a violência simbólica.

A violência, como um problema social, será vencida quando a sociedade tornar as diferenças entre as pessoas cada vez menos visíveis (ODALIA, 1985). Contudo, uma mudança no sistema de gêneros é complexa, já que eles são alimentados pelas instituições sociais (LARA, et. al., 2016), assim, a violência contra a mulher só será efetivamente combatida quando houver o envolvimento estatal e de toda a sociedade civil no reconhecimento de que o enfrentamento da violência simbólica implicará na redução de outras modalidades de violência.

A finalidade precípua do Estado é o ser humano e todas as suas ações devem estar voltadas na garantia e proteção dos bens jurídicos de cada pessoa, resguardando seus direitos humanos e fundamentais. Por esta razão, o Poder Público é responsável pelo desenvolvimento de políticas públicas que previnam a violência de gêneros, de modo a possibilitar uma mudança na mentalidade social, no que se refere à cultura machista e aos papéis ideais de gêneros.

Por fim, a violência simbólica, como incentivo para as demais violências, pressupõe um bem jurídico a ser tutelado, que ultrapassa a vida particular da vítima, pois quando ofendido atinge toda a coletividade. Torna-se necessário, portanto, proteger a mulher antes de a violência se materializar em agressões aparentes, uma vez que a violência inibe uma vida igualitária, livre e, principalmente, digna.

6 CONCLUSÃO

Diante do estudo elaborado, conclui-se que a violência contra a mulher é uma realidade brasileira que precisa ser superada, por meio da atuação estatal na elaboração de políticas públicas que previnam estas agressões, antes que elas se materializem.

Muito embora o ordenamento jurídico nacional seja composto por dispositivos constitucionais, leis infraconstitucionais, em especial da Lei 11.340/2006, assim como seja influenciado por tratados de direitos humanos que reconheçam a mulher e a protegem como sujeito de direitos, buscando resguardar a sua igualdade e dignidade, a violência contra a mulher é um problema social que advém da cultura machista que propagou a polarização dos sexos e a segregação feminina.

Por isso, além de verificar as atuais políticas públicas desenvolvidas pelo Estado no enfrentamento à violência de gêneros, o presente trabalho se voltou para a análise da violência simbólica como uma forma de se prevenir a violência contra a mulher, já que ela ampara os demais atos de hostilidades contra as mulheres.

A violência simbólica aborda formas sutis do machismo que foram naturalizadas pelas relações cotidianas e legitimadas pela cultura

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

que atribui os papéis ideais de gêneros. Como há um elevado índice de violência doméstica que acontece em virtude do machismo e pelo descumprimento dos estereótipos de gêneros, acredita-se que o Estado deva atuar no combate à violência simbólica, a fim de desconstruir o símbolo de masculinidade e feminilidade sustentado pela cultura.

Com o reconhecimento estatal de que a violência contra a mulher é respaldada por aspectos tão somente culturais, é possível se enfrenta-la antes que as agressões de materializem, se efetivando os direitos humanos e fundamentais das mulheres, por meio de um empoderamento feminino nos espaços públicos e, primordialmente, no ambiente doméstico.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca e Moreira. PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo?**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ARAÚJO, Luciana. 3 em cada 5 mulheres jovens já sofreram violência em relacionamentos, aponta pesquisa. **Agência Patrícia Galvão**, 03 dez 2014. Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/66-das-mulheres-jovens-ja-sofreram-violencia-em-relacionamentos-aponta-pesquisa/>> Acesso em 15 out 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61.

BARSTED, Leila Linhares. A Cidadania Feminina em Construção. *In*: ALMEIDA, Suely Souza de; SOARES, Barbara Masumeci; GASPARY, Marisa (Coord.). **Violência Doméstica: Bases para formulações de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Revinter Editora, 2003.

BELLINI, Jomar. 'Pedi a Deus para morrer', diz jovem torturada pelo ex por mais de um ano. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2016/07/pedi-deus-para-morrer-diz-jovem-torturada-pelo-ex-por-mais-de-um-ano.html?utm_source=facebook&utm_medium=share-bar-desktop&utm_campaign=share-bar>. Acesso em 28 jul 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução Maria Helena Kuhner, 2 ed.. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres**. Brasília, 2008, disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/II_PNPM.pdf>, acesso em 23 nov 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas Para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/publicacoes/pnpm-2013-2015-em-22ago13.pdf>>, acesso em 24 nov 2015.

BRASIL, Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. 2016, p. 16. Disponível

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

em:http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio_FINAL.pdf . Acesso em: 30 maio 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres. Brasília, 2004. In: PITTA, Tatiana Coutinho. **Protagonismo Feminino: a necessidade estatal na proteção da mulher vítima de violência**. 1ed. Boreal: Barigui, SP, 2014.

BREDER, Fernanda Cabanez. **Feminismo e príncipes encantados: a representação feminina nos filmes de princesa da Disney**. Rio de Janeiro, 2003.

CAMPANHAS Maria da Penha do CNJ 2011. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/campanhas-maria-da-penha-do-cnj-2011/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAMPANHA Ponto Final na Violência contra Mulheres e Meninas. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/campanha-ponto-final-na-violencia-contra-mulheres-e-meninas/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAMPANHA ‘Lá em casa quem manda é o respeito!’ Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/campanha-da-copevid-sobre-violencia-domestica/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAMPANHA “Quem Ama Abraça” engaja crianças e adolescentes pelo fim da violência de gênero. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/campanha-quem-ama-abraca-engaja-criancas-e-adolescentes-pelo-fim-da-violencia-de-genero/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAMPANHAS. Disponível em:
<<http://www.onumulheres.org.br/noticia/campanhas/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

CAMPOS, Carmem Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Edita Sulina, 1999.

CAMPOS, Amnini Haddad. **Direitos Humanos das Mulheres**. 1 ed, 2 reimpr., Curitiba: Juará, 2012.

CASTAÑEDA, Marina. **O machismo invisível**. Tradução: Lara Christina de Malimpensa. São Paulo: A Girafa, 2006.

CAVALCANTE, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil Análise da lei “Maria da Penha”, nº 11.340/2006**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. v. 6. 7 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

LARA, Bruna de; RANGEL, Bruna; MOURA, Gabriela; BARIONI, Paola; MALAQUIAS, Thaysa. **#Meu AmigoSecreto: Feminismo além das redes**. Coletivo Não me Kahlo. 1 ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

LEI Maria da Penha: vídeo da Campanha Fale Sem Medo do Instituto Avon. Disponível em:
<<http://www.compromissoeatitude.org.br/lei-maria-da-penha-video->

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

da-campanha-fale-sem-medo-do-instituto-avon/>. Acesso em: 30 maio 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 220.

ODALIA, Nilo. **O que é violência?** São Paulo: Nova Cultura: Brasiliense, 1985

OLIVEIRA, Frederico Abranhão de. **Vítimas e criminosos**. 2 ed. Ponto Alegre: Sagra, 1996.

O que é campanha compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha. Disponível em: ><http://www.com-promissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PERCEPÇÕES sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil. **Compromisso e Atitude**. Disponível em: <<http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Avon-Ipsos-pesquisa-violencia-2011.pdf>>, acesso em 25 abr 2016.

PIOVESAN, Flávia. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 78, jan-mar. 2012.

PITTA, Tatiana Coutinho. **Protagonismo Feminino: a necessária atuação estatal na proteção da mulher vítima de violência**. 1 ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014.

POR ser menina no Brasil: crescendo entre direitos e violência. **Plan International**. Disponível em: <<https://plan.org.br/por-ser-menina-no-brasil-crescendo-entre-direitos-e-viol%C3%A2ncia#download-options>>, acesso em 06 jul 2016.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6 ed. rev. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

VALENTE, Julia Leite; CAUX, Luiz Felipe de. O que é a teoria do reconhecimento?. Programa Pólos de Cidadania. Faculdade de Direito – UFMG, 2010. Disponível em <<http://www.polos.ufmg.br/grupos-deestudos/bibliografia>>, acesso em 19 abr 2016.

VIANNA, Cláudia e UBNEHAUM, Sandra. Gênero na Educação Básica: quem se importa? Uma análise de documentos de políticas públicas no Brasil. **Educ Soc.**, Campinas, vol. 27, n. 95, p. 407-428. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>, acesso em: 31 mai 2016.

VÍDEOS das campanhas de conscientização do Programa Mulher, Viver sem Violência. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/video-despertar-abre-campanhas-de-conscientizacao-do-programa-mulher-viver-sem-violencia/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

VILHEMA, Valéria Cristina. **Uma Igreja sem voz – análise de gênero da violência doméstica entre mulheres evangélicas**. São Paulo: Fonte Editorial, 2011.

VIOLÊNCIA contra as Mulheres: Eu Ligo – Campanha Nacional Ligue 180. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/violencia-contra-as->

VIOLÊNCIA SIMBÓLICA: DA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.

mulheres-eu-ligo-campanha-nacional-ligue-180/>. Acesso em: 30 maio 2016.

WASELFIZS, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015 Homicídios de Mulheres no Brasil**. FLACSO Brasil. Disponível em <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>, acesso em 24 fev 2016.

ANÁLISE ECONÔMICA DOS INTERDITOS PROIBITÓRIOS DIANTE DOS ABUSOS DO DIREITO DE GREVE

*Cássio Emanuel Rauédys de Oliveira Matos**

RESUMO: Este artigo propõe utilizar o instrumental da Análise Econômica do Direito nas suas dimensões positiva e normativa para a compreensão do uso jurídico do Interdito Proibitório, mecanismo preventivo-processual de defesa da posse, em face dos abusos e atos ilícitos praticados por movimentos paredistas contra os legítimos possuidores e proprietários, sendo estes protegidos pelo ordenamento jurídico nacional. A análise do uso do instituto demonstra a criação, ainda que inconscientemente, de uma rede de incentivos à prática ou coibição de atos abusivos, tais como o esbulho e a turbacão da posse, por grevistas. Por fim, que o legítimo exercício do direito de greve, desde que em obediência às vedações legais, em nada sofrerá prejuízo se tal mudança na tutela jurisdicional for efetivada, ao passo que os custos das práticas abusivas podem ser elevados para que estas ocorram com menos frequência.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito do Trabalho; Direito de Greve; Interdito Proibitório; Abuso de Direito.

ABSTRACT: This article proposes to use the tools of Economic Analysis of Law in its positive dimensions and rules for understanding the legal use of interdiction, preventive and procedural defense mechanism of possession in the face of illegal abuses and acts performed by strike movements against legitimate possessors and

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia e membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania na linha de pesquisa em Análise Econômica do Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA nos anos de 2015 e 2016.

owners, which are protected by national law. The analysis of the use of the institute demonstrates the creation, albeit unconsciously, a network of additional incentives or restraint of abusive acts, such as robbery and disturbance of possession by strikers. Finally, that the legitimate exercise of the right to strike, provided in compliance with the legal prohibitions in nothing suffer loss if such a change in judicial protection is effected, while the costs of abuse may be elevated so that they occur with less frequency.

Keywords: Economic Analysis of Law. Labor Law. The right to strike. Possessory interdicts. Abuse of Rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Law and Economics* e o direito como rede de incentivos; 2 O Direito do Trabalho e a Análise Econômica do Direito; 3 Considerações sobre a Propriedade, a Posse e o Interdito Proibitório; 4 Interditos Proibitórios no Direito do Trabalho; 5 O Abuso do Direito de Greve; 6 Os comportamentos e os incentivos; Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho se buscará utilizar os instrumentos da *Law and Economics* para analisar o instituto jurídico processual do interdito processual quando de sua propositura à jurisdição trabalhista, compreendendo suas finalidades e lógicas intrínsecas.

Esta proposta de investigação tem como premissa norteadora a de que o direito funciona como rede de incentivos dentro das

sociedades, possuindo o condão de, em muitas situações, promover ou desestimular ações humanas, além de se constituir um importante pressuposto norteador dos cálculos de conduta.

Com este instrumento baseado no diálogo entre os campos do conhecimento do Direito e da Economia, procurar-se-á predizer os efeitos das possíveis decisões judiciais a respeito da ação de interdito proibitório no âmbito do Direito do Trabalho, mais especificamente, em face de comportamentos parestas abusivos que ameaçam de violação a posse de empregadores sob o pretexto do exercício do direito de greve.

Demonstrar-se-á a extrema necessidade da compreensão interdisciplinar no estudo da posse e de sua proteção jurídica, bem como de forma incidental fixará o entendimento jus econômico das negociações laborais.

Também se apontará as predições e prognósticos fornecidos pelo manejo da lente interpretativa aqui utilizada a respeito das possibilidades decisórias.

2 LAW AND ECONOMICS E O DIREITO COMO REDE DE INCENTIVOS

A escola da Análise Econômica do Direito é um movimento de origem norte-americana que propõe, de modo geral, a utilização do ferramental teórico e empírico da Ciência Econômica com a finalidade de aperfeiçoar o desenvolvimento do Direito por meio de uma perspectiva interdisciplinar. Embora seja possível encontrar marcos teóricos anteriores em outros países tal como a Inglaterra no que diz

respeito às contribuições de Jeremy Bentham, somente após o desenvolvimento do *Law and Economics* como disciplina, este ganhou alcance na academia de forma mais consistente e também organizada.

Um dos pioneiros foi o professor Ronald Coase, através de seu artigo “Os Problemas do Custo Social”, no qual desenvolveu, em linhas gerais, a tese de que os custos de transação seriam os obstáculos para que dois sujeitos sociais encontrem um entendimento contratual proveitoso entre eles. A conclusão que Coase (2008, p. 37) chega é de que quanto menos custos de movimentação econômica e de déficits informacionais existirem sobre o objeto, maior produtividade extrairia a sociedade da relação negocial estabelecida, assumindo que esta suporta inúmeros arranjos sendo alguns mais e outros menos eficientes.

A Escola em comento preocupa-se, nos dizeres de Bruno Salama (2010, p. 3), com a “relação de pertinência entre os meios jurídicos e fins normativos” e não possui como escopo “igualar a ideia de Eficiência à de Justiça, apesar de assumir que esta em muito se beneficiaria de um exame mais apurado entre custos e benefícios da atuação jurisdicional”, já que apenas em um mundo sem escassez de recursos poderia a humanidade prescindir da verificação de eficiência da alocação da riqueza.

A importância deste tipo de preocupação jus-econômica é também fundamental para o adequado exercício da discricionariedade, a qual os juízes dispõem nas questões cuja previsão legal permite espaço para tal exercício. Richard Posner indica acerca disso que,

A novidade do movimento “direito e economia” está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam

resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social: no exemplo do acidente, resultados que penalizem a não tomada de precauções cujo custo se justificaria; mas que não penalizem a recusa a tomar precauções cujo custo não se justifica. (...) Até agora, sugeri que a análise econômica seja usada para orientar a decisão judicial – para instruir os juízes quanto ao melhor modo de decidir causas cujo resultado não é determinado diretamente pelos textos da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ou seja, causas situadas naquele campo aberto em que os juízes podem exercer sua discricionariedade. (POSNER, 2010, p. XIV e XV)

Neste contexto se torna imperativo o exame de impacto econômico não apenas pelos acadêmicos do Direito, mas também pelo Poder Judiciário. Afinal, uma vez que consideremos a característica da imperatividade da jurisdição (DIDIER, 2014, p. 104), será muito útil à sociedade que os órgãos julgadores se atentem para a relação entre a finalidade normativa e os meios jurídicos. Em outros termos, as decisões não podem em prol de algum formalismo exagerado ou idealismo ingênuo, dissociados do funcionamento da realidade, obstaculizar a própria realização do direito, desprezando as consequências econômicas no momento do convencimento e da fundamentação das normas jurídicas individualizadas.

Logo, a abordagem que se defende compreende que as consequências econômicas são argumentos racionais no convencimento e na própria fundamentação das decisões (GONÇALVES, J., 2014, p. 1407), por permitirem aos juízes dimensionarem, com maior rigor, os efeitos ao Estado e à sociedade de sua atividade, aumentando a eficácia

do sistema normativo que passa a dispor de mais um instrumental para atingir seus valores.

Sobre este trabalho, inicialmente, cabe estabelecer de forma restrita a concepção de Economia aqui utilizada a fim de se evitar problemas de ordem conceitual.

Houve a opção pelo conceito mais usual de Economia que a define como ciência que estuda o comportamento humano relacionando os fins para os quais se voltam e os meios escassos que dispõe de maneira alternativa (ROBBINS, 1945, p. 16). Logo, o caminho seguido ao longo deste *paper* é o que elege a metodologia da ciência econômica moderna para explicar como determinadas ações provocam determinados resultados. E as determinadas ações aqui escolhidas como objetos de análise são as possibilidades de decisões judiciais, as produções legislativas e as construções doutrinárias, as quais, por sua vez, como já se sabe, impactam a sociedade de diferentes formas e cabe ao juiz, em seu ofício, destinar atenção a estes impactos para que se realize a justiça. Do contrário, uma decisão prolatada poderia, a despeito de se fundamentar em determinados dispositivos normativos, ter como consequência resultados distintos do que se buscava ao decidir.

Isto posto, é de se concluir que a compreensão dos resultados sociais das decisões judiciais abre caminhos para uma prestação jurisdicional adequada, quer dizer, compatível com a finalidade jurídica almejada. O que fortalece o consequencialismo como marco avaliatório da eficiência e da pertinência de determinada norma numa sociedade.

Assume-se, então, que o Direito atua tal como uma “estrutura de incentivos” agindo sobre o comportamento dos seres humanos. O que, para Gico Jr. (2010, p. 16), contribui para uma “compreensão mais

holística do mundo”, vez que a interdisciplinaridade tem se tornado imperativa em face dos desafios da sociedade moderna auxiliando o “desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódico.”.

Este mesmo autor esclarece uma divisão fundamental da AED, imprescindível para que se compreenda adequadamente as perspectivas possíveis deste movimento (positiva ou normativa) nos estudos jurídicos das decisões judiciais e no controle das políticas públicas. Delineia de maneira sintética os dois campos, quais sejam:

A AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 20).

A diferença das perspectivas consiste no fato de que a análise positiva está intimamente relacionada à descrição do mundo dos fatos com finalidade prognóstica e preditiva. Utiliza-se o aparato metodológico econômico para avaliar os quadros fáticos apontando e explicando as consequências dos arranjos dados. Já a análise normativa possui como escopo o auxílio na escolha de determinadas orientações normativas tendo em vista a finalidade valorada.

Feita esta distinção, as abordagens a serem trazidas podem ser utilizadas para explicar tanto comportamentos considerados

“tradicionais” ou “racionais”, quanto os chamados “irracionais” e/ou “voláteis”¹. Afinal, no mundo fático, quaisquer decisões humanas implicam em custos de toda ordem, não apenas monetários, mas também psíquicos ou culturais que ficam subentendidos na maioria das vezes para grande parte dos observadores (BECKER, 1990, p. 6 - 7).

A premissa da qual se parte, portanto, é de que o Direito consiste em um grupo de regramentos que incentivam os agentes em seus comportamentos, estabelecendo custos ou benefícios, conforme a conveniência daqueles para a comunidade política. Entendendo, por conseguinte, que os sujeitos sociais não são receptores passivos da normatização judiciária de uma sociedade, mas que eles reagem com *feedbacks* perceptíveis e, na maioria dos casos, diagnosticáveis (GICO JÚNIOR, 2010, p. 21).

Tal premissa, como a seguir será demonstrado, não exclui a compreensão de sua operacionalização no direito trabalhista.

3 O DIREITO DO TRABALHO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO

¹ Ou nos dizeres de Gary Becker (1990, p. 6 – 7): “*The economic approach does not assume that all participants in any market necessarily have complete information or engage in costless transactions. Incomplete information or costly transactions should not, however, be confused with irrational or volatile behavior. The economic approach has developed a theory of the optimal or rational accumulation of costly information that implies, for example, greater investment in information when undertaking major than minor decisions – the purchase of a house or entrance into marriage versus the purchase of a sofa or bread. The assumption that information is often seriously incomplete because it is costly to acquire is used in the economic approach to explain the same kind of behavior that is explained by irrational and volatile behavior, or tradicional behavior, or ‘nonrational’ behavior in other discussions. When an apparently profitable opportunity to a firm, worker, or household is not exploited, the economic approach does not take refuge in assertions about irrationality, contentment with wealth already acquired, or convenient ad hoc shifts in values (i.e. preferences). Rather it postulates the existence of costs, monetary or psychic, of taking advantage of these opportunities that eliminate their profitability – costs that may not be easily ‘seen’ by outside observers.*”

DIREITO

O Direito do Trabalho é o ramo especializado do Direito que estabelece a regulação de determinado tipo de relação empregatícia comum na sociedade. Dispõe da estrutura normativa e principiológica que regulamenta o mercado de trabalho brasileiro.

Subdivide-se em Direito Individual do Trabalho definido como “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam no tocante às pessoas e às matérias envolvidas” e em Direito Coletivo do Trabalho considerado regulador das “relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através de associações” (DELGADO, 2012, p. 49 - 51).

A regulação das relações de trabalho possui finalidade claramente tutelar e dirigente visando, ao menos no que se refere aos objetivos declarados, a promover tanto no âmbito individual quanto no âmbito coletivo, explicitados no parágrafo anterior, a melhoria das condições laborativas² da nomeada classe trabalhadora.

² O professor Luciano Martinez, em seu Curso de Direito do Trabalho (2014, p. 70), entende, além disso, que “a função tutelar está presente no dirigismo estratégico, que protege um bloco de direitos mínimos (irrenunciáveis para os trabalhadores e insuscetíveis de negociação) e que estimula a igualdade entre os sujeitos das relações de trabalho. Por reflexão e diante da atuação repressiva dos abusos praticados contra os operários, o direito do trabalho acaba por manifestar uma função civilizatória no processo de organização dos permanentes conflitos existentes entre o capital e o trabalho.” Tal posicionamento acerca da alegada “função civilizatória” é recorrente na maioria da doutrina jus-trabalhista, vez que há, ainda que de forma não-explicita, a assunção de que as explicações marxistas acerca do “mundo do trabalho” ainda possuem algum respaldo científico. A relação dialética entre capital e trabalho da maneira costumeiramente tratada expõe o entendimento de que em razão da conflituosidade inerente e “natural” desses conceitos é preciso, necessariamente, a atuação estatal “civilizatória” para corrigir as ditas discrepâncias. Tal perspectiva foi enriquecida pela reanálise dos paradigmas econômicos que podem inspirar a produção doutrinária, ainda que inconscientemente. Para referências esclarecedoras e pertinentes nesse sentido, ver Carl Menger, “Princípios da Economia Política” (1871); Eugen Von Böhm-

Tem-se, então, como *telos* deste campo jurídico, uma regulamentação que promova uma ascendente situação de conforto aos trabalhadores ao passo que não comprometa a sua própria razão de existir: o fato de haver empregos. Afinal, uma economia incapaz de fornecer condições geradoras de empregos terminaria por ver reduzido o alcance da sua legislação trabalhista, tornando-a inócua, já que as relações sob as quais incidiria não chegariam a formar-se em razão da impossibilidade de obediência por parte da parcela da sociedade que contrata trabalhadores³. Um fato bastante ignorado por alguns adotantes de uma postura mais dogmática e inflexível do direito laboral.

Demonstra-se, desta maneira, a premente necessidade da análise econômica sobre estas relações, para que se possa eleger as decisões mais eficientes para o fim almejado supracitado e também para descrever o cenário atual a partir de seu quadro normativo e das tendências jurisprudenciais. Isso significa, de certo modo, a adoção de uma postura mais pragmática. O que para Richard Posner (2009, p. 269) significaria que o Judiciário deve “por em primeiro plano as consequências de suas decisões”.

Ao aplicar a teoria de Coase em relações regidas pelo Direito do Trabalho descobre-se que há custos de transação que podem ser reduzidos pelas readequações legais (mudanças legislativas) e por novas interpretações das leis. Ambas deveriam estar preocupadas em

Bawerk “Teoria da Exploração do Socialismo-Comunismo” (1921); e Ludwig Von Mises “Intervencionismo – Uma Análise Econômica” (1940).

³ Segundo Posner (2009, p. 327), “*ao estimar suas possibilidades financeiras, um empregador leva em conta não apenas os custos diretos com mão de obra, como também os indiretos (como as garantias sociais do empregado, os prêmios do seguro desemprego e o prêmio do seguro contra acidentes de trabalho), dentre os quais o custo da estabilidade de emprego seria apenas mais um. Quanto mais altos os custos indiretos do empregado, mais baixo o salário que o empregador estará disposto a pagar*”.

criar um ambiente redutor de ineficiências (YEUNG, 2012) que estimule a cooperação, a transparência, a segurança jurídica e o apreço pela pesquisa de impacto socioeconômico.

O mesmo aparato metodológico pode ser utilizado tanto com o objetivo de proporcionar uma visão global do determinado ramo jurídico como também para que se dedique a analisar micromanifestações de determinados institutos jurídicos, seja descrevendo-os em sua funcionalidade, seja apontando possibilidades de aprimoramento ou até mesmo recomendando a sua não utilização.

Analisar-se-á no próximo tópico a ação de Interdito Proibitório como método eficiente para coibir os abusos do direito de greve, bem como que ao passo disso incrementa a riqueza social de uma nação.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPRIEDADE, A POSSE E O INTERDITO PROIBITÓRIO

Ora, como é cediço, o interdito proibitório é ação possessória do possuidor, que diante de receio de ser molestado na posse, requer ao Poder Judiciário socorro em face de turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, no qual se estabelece a previsão de cominação de pena pecuniária ao réu, caso transgrida o quanto determinado, conforme previsão do artigo 567 do atual Código de Processo Civil⁴.

⁴ Art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito. BRASIL, **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. [Código de Processo Civil]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

Tem-se que a supracitada ação é dotada de caráter preventivo, isto é, seu escopo é impedir que uma ameaça de lesão aos direitos de posse e, muitas vezes, de propriedade se concretize no plano fático. Intenta, pois, preservar o direito fundamental à inviolabilidade da propriedade (ou pelo menos a aparência desta) proclamada no artigo 5º, inciso XXII da Constituição brasileira de 1988, o qual preceitua: “*é garantido o direito de propriedade*”.

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a proteção à propriedade, bem como à posse, é elemento da ordem jurídica nacional,

De qualquer forma, a propriedade será direito fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize liberdade. O art. 170, II da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio da ordem econômica. A propriedade que representa a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. A preservação da propriedade se imbrica com a própria subsistência da sociedade, como instrumento por excelência da liberdade de ação de cada qual de seus membros. Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.164)

Além do fato da propriedade privada e sua fruição receber proteção como direito fundamental em nosso ordenamento, há um

aspecto utilitário a ser destacado.

Do ponto de vista utilitarista, historiadores como Richard Pipes, em referência a estudos econômicos realizados⁵, demonstram a ligação histórica íntima entre segurança jurídica quanto aos direitos de propriedade e o sucesso econômico de uma sociedade. Isso demonstra que os remédios judiciais de proteção ao exercício dos direitos dos proprietários e/ou possuidores não apenas promovem a satisfação imediata daquele que percebeu seu direito violado ou ameaçado de violação, mas também promovem externalidades positivas⁶ para toda comunidade. Vez que esta passa a figurar como beneficiária indireta da maior produção e atividade dos empreendedores seguros quanto à aferição dos frutos de seu trabalho e de sua administração sobre os bens.

Todavia, por mais interessante que tal discussão seja, é necessário ter em mente que a ação possessória aqui debatida almeja a proteção da posse, sendo esta entendida como o exercício de fato de uma ou mais faculdades oriundas do direito de propriedade, os quais

⁵ Richard Pipes (2001, p. 87-88) em uma de suas mais importantes obras destacou que “os historiadores da Economia Douglass North e R. P. Thomas aplicaram essa tese ao passado para argumentar que as sociedades que fornecem garantias firmes aos direitos de propriedade são as que mais experimentaram desenvolvimento econômico. Na sua visão, o determinante do crescimento econômico está nas instituições legais, que asseguram a indivíduos empreendedores os frutos de seu trabalho(...) À medida que o século XX se dirige para uma conclusão, os benefícios da posse privada tanto para a liberdade como para a prosperidade são reconhecidos como jamais foram nos últimos 200 anos. Exceto nuns poucos oásis isolados de pobreza autoperpetuantes, como a Coreia do Norte e Cuba, onde os comunistas estão agarrados ao poder, e exceto para um número ainda considerável, mas cada vez menor de acadêmicos, o ideal de posse em comum está diminuindo em todos os lugares.”

⁶ Uma externalidade positiva significa, em Economia, o fato da ação de um indivíduo beneficiar pessoas que não participaram diretamente de uma relação econômica. O raciocínio análogo, aqui trazido, intenta demonstrar que a proteção de um direito considerado individual tem o condão de beneficiar toda comunidade jurídica, ainda que indiretamente por meio de consequências não intencionais. Cada decisão judicial no sentido de se proteger a posse ou a propriedade de um sujeito significa um incremento da segurança jurídica em nosso país, bem como um aviso aos cidadãos que seus investimentos recebem proteção e que, portanto, estão eles livres para empreender ainda mais com menores riscos.

seriam: usar, gozar, dispor e reaver, conforme artigo 1228, do Código Civil brasileiro.

A posse é independente e autônoma da existência de um título de propriedade, pois se trata de uma situação de fato protegida pelo direito. Por sua vez, as ações possessórias tem como escopo a defesa da posse para evitar situações de violência causadas pela autotutela, garantindo assim, a paz social (GOLÇALVES, C., 2012, P. 32) e tem como elemento gerador a assunção de que uma situação de fato tem aparência de situação de direito, merecendo, assim, a salvaguarda do Estado.

Esse conceito de posse aqui levantado⁷ deriva da noção de possuidor: aquele que age como o próprio proprietário, e na maioria das vezes, o é. Mas ainda que não o seja, em nome da estabilidade social, confere o nosso ordenamento mecanismos de proteção legal até que o conflito envolvendo o título de propriedade encontre seu deslinde. Por tal razão, nas ações possessórias não se admite a chamada “exceção de domínio” e na concessão de medida liminar assecuratória não se discute a titularidade da propriedade (COELHO, 2012). A lide se desenvolve no sentido de se buscar àquele que possui a melhor posse. Desse modo, conclui-se que a diferença entre proprietário e possuidor não é a conduta destes em relação às coisas, mas sim a qualificação jurídica que recebem da própria lei (COELHO, 2012).

O interdito proibitório, o qual se faz referência, se insere na modalidade de ação possessória que defende a posse da ameaça de turbação ou esbulho, tipicamente demonstrada pelos atos preparatórios da prática violadora. Desse modo, confere o ordenamento jurídico ao

⁷ O conceito de posse é um dos temas mais ricos no Direito Civil e trazê-lo ao presente trabalho seria desviá-lo da proposta inicial. Os elementos que fariam ou não parte do conceito de posse não são considerados momentaneamente relevantes para o estudo realizado.

possuidor, desde que se torne manifesta a ameaça, “o direito de se defender, pleiteando ao juiz que fixe pena pecuniária ao potencial agressor caso venha a concretizar a ofensa” (COELHO, 2012, p. 60).

Logo, esta ação objetivando a prevenção ao esbulho ou à turbação busca no Judiciário uma ordem legal para que os sujeitos, os quais se preparam para violar a posse, sejam dissuadidos do objetivo.

5 INTERDITOS PROIBITÓRIOS NO DIREITO DO TRABALHO

A jurisprudência nacional⁸ caminhou no sentido de definir como competência da Justiça Trabalhista a apreciação de ações possessórias ajuizadas em razão do exercício abusivo do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. Este entendimento foi inclusive o esposado em enunciado sumular vinculante de número 23⁹.

O uso específico do remédio judicial do Interdito Proibitório nessas situações iniciou-se por meio de ações ajuizadas por instituições bancárias visando se protegerem do iminente molestarmento de suas posses, quais sejam em sua maioria, as próprias agências bancárias. Estas sofriram, a cada movimento paredista, intervenções denominadas “piquetes”, o que terminava por impossibilitar o uso normal da posse dos prédios funcionais pelos possuidores. Somado a isso havia o constrangimento de clientes e de empregados não favoráveis à greve.

⁸ Ver Recurso Extraordinário nº 579648; Medida Cautelar em Reclamação de nº 13480/PA; Reclamação nº 6762/SP; Agravo regimental no Recurso Extraordinário 491780/MG.

⁹ SÚMULA VINCULANTE Nº 23: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

Ora, como a Lei n. 7.783/89, conhecida “Lei da Greve”, não prevê remédio judicial preventivo em relação à ameaça de turbação ou esbulho da posse, compreendida como abuso do direito de greve, é, portanto, natural que os cidadãos busquem no ordenamento algum instrumento processual assecuratório de seu direito. Richard Posner (2010, p. 24 – 25), baseando-se em William Blackstone, afirma que “a força de uma lei consiste, sobretudo, na pena a ela vinculada”, logo, “não há direito a que não se vincule um remédio judicial”, pois “a ausência de remédio implica a inexistência de direito”. A conclusão a que chegou o ilustre jurista britânico, nos aponta Posner, é de que não existe direito sem mecanismos assecuratórios deste.

Então, por isso, ainda que se entenda que em razão da lide ter como origem uma relação empregatícia, o instrumento da processualística cível é de uso legítimo pelo pleiteante da proteção.

6 O ABUSO DO DIREITO DE GREVE

O rechaço que o ordenamento jurídico pátrio faz a condutas abusivas é trazido à baila por Luciano Martinez de maneira acertada, ao versar sobre os direitos garantidos aos grevistas e aos não grevistas nas paralisações coletivas de trabalho,

Aos grevistas são assegurados, pelo art. 6º da Lei n. 7.783/89, três direitos essenciais, desde que exercidos de modo lícito e regular.

O primeiro é o direito de empregar meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderir à greve. Não há, portanto, qualquer óbice aos atos de panfletagem, de

comício, de piquete (posicionamento na porta para, com palavras, convencer os indecisos à adesão) ou de uso de caro de som, desde que, evidentemente, não impeçam o acesso ao trabalho daqueles que não querem aderir à greve, não turbem a execução do trabalho nem causem ameaça ou dano à propriedade ou à pessoa. (...) Aos não grevistas é assegurado o direito de não adesão. Enfim, não há um dever de greve. (...) Os trabalhadores devem ser persuadidos pelos líderes do movimento paredista por argumentos que despertem o sentimento da solidariedade; jamais devem ser compelidos a fazer o que não desejam; jamais devem ser ameaçados pelo livre exercício da escolha de não aderir às causas da paralisação. (MARTINEZ, 2014, p. 83)

A Lei n. 7.783/89, em seu artigo 6º, § 1º, também positivou a garantia de que *“em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constringer os direitos e garantias fundamentais de outrem”*. Também no § 3º deste mesmo artigo da referida lei, tem-se que *“as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderiam impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa”*.

Logo, a proteção que se busca em sede de interdito é contra a ameaça do abuso, por meio de deferimento de pedido liminar que, por se restringir às hipóteses de iminência da posse ser turbada ou esbulhada, não irá prejudicar o exercício regular do direito de greve quando o *animus* dos grevistas não contrariarem o artigos previstos e acima indicados da Lei n. 7.783 de 1989.

Sendo aconselhável que, estando clara a concretude da ameaça,

o julgador acolha a pretensão provisória. Ficaria evidente que ao tomar tal decisão haveria um custo-benefício baixo em comparação a alternativa suscitada de impetração de *habeas corpus* a cada funcionário que não aderisse à greve e que, em razão da turbação ou esbulho efetivamente praticado, seja impedido de adentrar no local de realização de seu labor, pois dessa maneira se manteria os consumidores e fornecedores, neste caso, ainda sem a devida proteção judicial. A greve abusiva não apenas fere a liberdade de locomoção, mas a própria disposição organizacional da posse pelo empregador.

Não há razões, convém salientar, para que se cogite a existência de prejuízos aos grevistas. Caso estes não estiverem agindo de forma ilegal ou abusiva, os efeitos do interdito não serão sentidos.

O interdito proibitório resguarda a posse e desde que esta não seja violada por intervenções ilícitas não haverá a cominação de multa aos violadores. Imaginar que o instituto cerceia o direito de greve significa a má-compreensão dos limites legais impostos pela ordem jurídica. A decisão favorável ao autor em sede de interdito, nos termos em que for prolatada, não irá impedir qualquer manifestação sindical, desde que feita dentro dos limites da lei. Não se poderia arguir um direito para se cometer abusos, se a posse não será violada não há porque se insurgir contra um remédio jurídico de proteção à posse.

Deve-se lembrar que a chamada arma de greve consiste basicamente na paralisação coletiva do trabalho com do propósito de “turbar a normalidade produtiva” e, dessa maneira, causar um prejuízo ao empregador o levando ao diálogo, no qual “aviará propostas de restabelecimento da normalidade rompida” (MARTINEZ, 2014, p. 836).

O portador dessa arma de barganha é a categoria profissional

que, na maioria das vezes, é representada por uma associação sindical (MARTINEZ, 2014, p. 856) a qual a utiliza em face dos empregadores isolados ou de um grupo destes para que cheguem a novos acordos quanto à remuneração e condições de trabalho. É um “mecanismo de pressão exercido coletivamente” (TAVARES, 2012, p. 852) com o objetivo de obter o maior número possível de vantagens aos trabalhadores que, em tese, não obteriam individualmente.

Remetendo-se ao Teorema de Coase já referenciado, tem-se que esse tipo de negociação coletiva reduz os custos de transação dos contratos de trabalho, uma vez que os dispêndios de se negociar termos e condições contratuais com indivíduos isolados seriam altos. Os sindicatos e associações possuem, portanto, ainda que hipoteticamente¹⁰, maiores condições organizativas para realizar uma barganha mais barata e eficiente para os empregados e menos custosa aos empregadores.

Posner (2007, p. 525) aduz que a chave para a compreensão da economia das greves é justamente o monopólio bilateral estabelecido entre o empregador e o sindicato. Como o empregador é o único comprador dos serviços de trabalho sob controle do sindicato, se este anuncia que almeja um preço maior sobre esses serviços, terá o empregador de realizar um cálculo econômico que compare o aumento salarial demandado e o limite de sua lucratividade. Teria o sindicato, também, que realizar uma análise na qual se separasse as demandas factíveis dos blefes, sob o risco de ver ameaçada sua própria credibilidade entre os seus componentes. Se propusesse determinado objetivo que levasse o empregador (comprador dos serviços) a decidir

¹⁰ Hipoteticamente porque é difícil imaginar um “livre mercado de representação sindical” em um país com legislação tão concentradora e pouco competitiva e pragmática como o Brasil. As vantagens da coletivização das negociações trabalhistas podem ser mitigadas em um ambiente não só monopolístico, mas também que prevê a utilização compulsória, que é o caso do Brasil.

nada adquirir, sua capacidade de representação eficiente seria questionada e, num ambiente mais competitivo, levaria à procura pelo empregado de outra agremiação que lhe trouxesse resultados melhores.

Em realidade, as greves impõem custos a ambas as partes. Como a lucratividade do empregador é afetada e o pagamento de salário é suspenso (suspensão do contrato de trabalho, conforme o artigo 7º da Lei 7.783/1989, a Lei de Greve), é de se concluir que em tal cenário o interesse em chegar a um acordo é de todos os agentes.

A interferência estatal se demonstraria necessária no tocante à proteção de direitos fundamentais que podem vir a ser violados por condutas de empregadores ou empregados. Empregadores não podem atentar, por exemplo, contra a vida e integridade física de seus empregados para que retomem o trabalho, bem como estes não podem atentar contra tais direitos incluindo-se também os direitos de propriedade e de posse do empregador para impor determinado pleito. A negociação livre e eficiente se dá por meio de barganhas e não pelo uso da violência e do constrangimento físico.

Nesse sentido, o instrumento do interdito proibitório acresce um custo às condutas ilícitas de associações sindicais levando os dirigentes a realizarem um cálculo econômico do qual concluem que manter-se na licitude é menos custoso em relação a praticar atos que “acelerariam” por vias transversas a conquista de melhores condições de emprego e maiores salários.

Assumindo a perspectiva econômica ou, de acordo com Posner (2010, p. 90), a de maximização de riqueza, atribui-se ao direito a função básica de alterar publicamente os incentivos a determinados comportamentos. Sendo assim, as decisões interlocutórias que acolhem o pedido liminar de proteção de posse sob ameaça de turbação ou

esbulho funcionam, neste caso, como verdadeiros incentivos ao exercício correto do direito de greve.

E as decisões judiciais, como se pode deduzir, possuem um papel fundamental para que tais incentivos se orientem de modo a promover a consonância entre os preceitos constitucionais e legais e o propósito da ordem jurídica nacional. Mesmo sob o chamado *civil law*, os julgados influenciam a ponderação¹¹ feita pelos cidadãos de ajuizar ou não uma ação e de adotar ou não determinada conduta, a depender, não raro, da eficácia do mecanismo de reprovabilidade jurídica sobre ela.

7 OS COMPORTAMENTOS E OS INCENTIVOS

Não se pode, então, perder de vista que o homem subordinado ao ordenamento jurídico adota comportamento racional dentro de sua limitação informacional para aumentar o atendimento aos seus próprios interesses, ou “utilidades” para a Economia, ao máximo e nas mais diversas áreas da vida, não apenas nos setores explicitamente

¹¹ Alerta-nos Posner (2007, p. 59) que “*en cambio, el juez y, también, los abogados no pueden olvidarse del futuro. La decisión legal será un precedente que influya sobre la decisión de casos futuros. Por lo tanto, el juez debe considerar el impacto probable de fallos alternativos sobre el comportamiento futuro de la gente que realiza actividades que pueden originar la clase de accidentes que está conociendo. Por ejemplo, si el fallo favorece al demandado porque es una persona "meritoria", aunque descuidada, la decisión alentarán a individuos similares a ser descuidados, un tipo de comportamiento costoso. Por lo tanto, una vez que se expande el marco de referencia más allá de las partes inmediatas del caso, la justicia y la equidad asumen significados más amplios de lo que es simplemente justo y equitativo entre este demandante y este demandado. El problema se convierte en la determinación de lo que sea justo y equitativo para una clase de actividades, y no puede resolverse sensatamente sin tener en consideración el efecto futuro de reglas alternativas sobre la frecuencia de los accidentes y el costo de las precauciones. Después de todo, la perspectiva ex ante no es ajena al proceso legal.*”

“econômicos”¹². Quando o custo de turbar a posse do empregador sem sanções é pequeno, aumenta-se exponencialmente o poder de barganha sindical provocando uma disparidade de armas que pode acarretar no estabelecimento de um arranjo contratual que posteriormente se mostre insustentável, além de facilitar a ocorrência de outros prejuízos imediatos materiais.

Tal cenário pode, inclusive, a título exemplificativo, interferir nos preços dos produtos a serem disponibilizados ao consumidor. Se o Estado, através do Poder Judiciário, patrocinar um incentivo ao aumento indevido do poder de barganha sindical, significaria ter que assumir também o patrocínio a um aumento nos custos de produção do empregador. É difícil imaginar que este acréscimo será totalmente absorvido pelos empregadores de modo a não impactar a precificação final dos produtos.

David Friedman (2014, p. 1) cria um exemplo ilustrativo para afastar mitos que são criados em torno da análise das escolhas racionais dentro do Direito. Traz à baila a situação na qual em determinado país o roubo praticado com uso de arma de fogo é punido com a mesma pena do roubo praticado sem a arma de fogo. Argumentando que a Economia

¹² Importante ressaltar que para o autor americano (POSNER, 2007, p. 26) *“el comportamiento es racional cuando se conforma al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien escoge (véase más adelante el § 1.3, por lo que toca al significado de “racional” en economía). Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo; la felicidad (o la miseria) de otra persona puede formar parte de nuestras satisfacciones. A fin de evitar esta confusión, los economistas prefieren hablar de ‘utilidad’ (que se discutirá en la siguiente sección de este capítulo) antes que de interés propio. Para este libro es fundamental el supuesto adicional de que el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad en todas las áreas de la vida, no sólo en sus asuntos “económicos”; es decir, no sólo cuando se ocupa de la compra y la venta en mercados explícitos. Ésta es una idea que proviene de Jeremy Bentham en el siglo XVIII, pero que recibió poca atención de los economistas hasta la obra de Gary Becker en los decenios de 1950 y 1960.”*

não trata de “dinheiro” ou de “leis econômicas”, mas da explicação das consequências da escolha racional, o professor entende ser possível prever o efeito da norma do país fictício, qual seja: a maior incidência de prática de roubo com o uso da arma.

Explica Friedman (2014, p. 1) que analisar a racionalidade instrumental não significa “que um ladrão reúna uma tabela elaborada de custos e benefícios antes de decidir se roubará ou não sua casa”, ou que o sujeito possua uma planilha na qual esteja apontado o percentual de chances de frustração do crime, caso venha a utilizar a arma. Todavia, restando evidente que o uso de arma de fogo torna mais intimidador o roubo, portanto mais eficiente, e que isso não aumentará sua punição, é factível que decida utilizar o armamento para obter o resultado que almeja com maiores garantias de sucesso.

Analogamente, o interdito proibitório possui o condão de desestimular a conduta abusiva de movimentos paredistas, além de já servir de remédio judicial em face da ilegalidade. É possível dizer, através da análise econômica deste *nonmarket behavior*¹³, que a culminação de sanções em caso da ameaça de turbacão ou esbulho não apenas atenderia a um pleito individual de um empregador, mas

¹³ A preocupação com a análise do comportamento não mercadológico voltou ao âmbito de pesquisa jurídica e econômica a partir de Gary Becker (1990, p. 4), o qual fixou que “*the definition of economics in terms of scarce means and competing ends is the most general of all. It defines economics by the nature of the problem to be solved, and encompasses far more than the market sector or ‘what economists do’.* Scarcity and choice characterize all resources allocated by the political process (including which industries to tax, how fast to increase the money supply, and whether to go to war); by the family (including decisions about a marriage mate, family size, the frequency of church attendance, and the allocation of time between sleeping and waking hours); by the scientists (including decisions about allocating their thinking time, and mental energy to different research problems); and so on in endless variety. This definition of economics is so broad that it often is a source of embarrassment rather than of pride to many economists, and usually is immediately qualified to exclude most nonmarket behavior”.

também se comunicaria a todo sistema jurídico a mensagem aos dispostos ao infringir os limites da Lei de que: não apenas a abusividade não é tolerada, como é mais custosa.

A eficiência do instituto pode ser verificada, como já afirmado, pela sua “atuação jurídica” *ex ante*, que impede inclusive que os prejuízos inerentes às paralisações sindicais sejam somados com conflitos físicos em torno do controle da posse que tais situações podem provocar. Além de afastar o aumento indevido do poder de barganha de um polo negocial oriundo da omissão estatal no referente à proteção de um direito fundamental de outro polo.

Cabe ressaltar que os sindicatos, a despeito de poderem funcionar como redutores dos custos de negociação, não podem ser considerados hipossuficientes. Sua existência com personalidade jurídica tem justamente a razão no fato de ter de lidar com a personalidade jurídica da empresa.

Em matéria de Direito Coletivo do Trabalho é preciso ter em mente que um sindicato é, sob a ótica econômica, um “cartel laboral” (POSNER, 2007, p. 523). Enquanto o empregado individual tem, na maioria das vezes, pesos políticos e econômicos diferentes se comparados à figura do empregador, a associação sindical não possui tal assimetria¹⁴. De modo que o princípio da proteção, que rege a aplicação do direito através da norma mais favorável ao trabalhador tem seu espaço cedido ao princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe tratamento similar aos sujeitos coletivos – empregadores e sindicatos. Fazendo com que se possa conferir um tratamento jurídico mais próximo do equilíbrio (DELGADO, 2012, p.

¹⁴ Recomendável, neste ponto, a leitura do voto vencedor, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário n. 590415/SC, do ministro relator Luís Roberto Barroso.

1250 - 1251) entre as pessoas jurídicas as quais se faz referência.

8 CONCLUSÃO

Entende-se que o fato de impedir a prática violadora antes que ela ocorra significa inúmeros benefícios sociais, quais sejam:

a) ausência de prejuízos materiais decorrentes de violações desestimuladas;

b) menor custo ao Estado em razão do efeito dissuasório *ex ante*;

c) menor provocação do Judiciário em razão da ausência de demandas indenizatórias por perdas e danos eventualmente provocados na violação;

d) fortalecimento da segurança jurídica advindo da proteção à posse e potencialmente à propriedade;

e) desestímulo à abusividade e proteção da boa-fé nas relações laborais pela comunicação de reprovabilidade aos subordinados ao sistema jurídico;

f) fortalecimento de uma visão do Direito do Trabalho mais moderna e compatível com o avanço econômico da sociedade;

A jurisprudência encontrou no próprio ordenamento mecanismos que incentivariam o comportamento lícito almejado. É possível que intuitivamente a resposta de coibição dos abusos às ilicitudes tenha sido encontrada justamente na defesa da posse sujeita a ameaças. Os juristas muitas vezes possuem alguns *insights* de arranjos

eficientes originários da própria tradição jurídica, que os economistas podem corroborar. Afinal, os juízes, muitas vezes, não sabem explicar de forma muito clara como chegaram uma conclusão não apenas justa, mas economicamente eficiente.

A eficiência tem papel fundamental numa comunidade jurídica que quer alcançar determinados objetivos políticos, sociais e econômicos. Desprezá-la significaria o mergulho numa ilusão utópica ou formalista. A eficiência de um sistema jurídico significa a eficiência¹⁵ nas resoluções dos conflitos cada vez mais complexos no mundo globalizado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Constituição Federal]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 de outubro de 2015.

_____. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.** [Consolidação das Leis do Trabalho]. Disponível em:

¹⁵ Sempre salutar rememorar a advertência de Michele Taruffo (2008, p. 1) de que “*en los tiempos que corren, por otro lado, lo que necesitamos son menos mitos y más eficiencia. Entre las numerosas razones que lo justifican, existe una especialmente importante que va a incrementar su relevancia a corto plazo: en un mundo globalizado y globalizante, con toda una serie de fenómenos económicos, financieros y jurídicos de extrema complejidad que están creando una red transnacional o supranacional de relaciones, la eficiencia es quizás el valor más importante. Más concretamente, la eficiencia de los sistemas jurídicos, y en especial la eficiencia de las resoluciones judiciales, está adquiriendo una importancia cardinal en el mercado y en la competencia entre jurisdicciones. Sin embargo, cuanta mayor importancia se procura a la eficiencia, tanto más difícil resulta definir lo que significa pensar en un sistema judicial eficiente.*”

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>.

Acesso em: 5 de outubro de 2015.

_____. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** [Código de Processo Civil]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2015.

_____. **Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989.** [Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 02 de outubro de 2015.

_____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** [Código Civil Brasileiro]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

_____. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** [Código de Processo Civil]. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior.** Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COASE, Ronald. **O problema do custo social.** The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, N. 1, Vol. 3, Article 9, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, volume 4: direito das coisas, direito autoral / Fábio Ulhoa Coelho. – 4. Ed. – São Paulo:

Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho/** Maurício Godinho Delgado. – 11. Ed. – São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1. 16^a ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____, **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 2. 16^a ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVAD, Nelson. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FRIEDMAN, David. **O que a Economia tem a ver com o Direito?** Disponível em <<http://ordemlivre.org/posts/oque-economia-tem-a-ver-odireito>>. Acesso em: 10/12/2014.

GICO JR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito.** Economic Analysis of Law Review, EALR, v.1, nº 1, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 5 : direito das coisas / Carlos Roberto Gonçalves. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Jéssica. **Análise econômica do Direito: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência.** Revista Eletrônica Direito e Política do Programa de Pós -Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho /** Luciano Martinez. – 5^a

ed. – São Paulo: Saraiva, 2014

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade** / Richard Pipes; tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. – Rio de Janeiro: Record, 2001.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça** / Richard A. Posner; tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão de tradução Aníbal Mari. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – Biblioteca jurídica WMF.

_____. **El análisis económico del derecho** / Richard A. Posner; trad. Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007.

_____. **Para além do Direito**; tradução Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2a Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945.

SALAMA, Bruno. **De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito?** *Economic Analysis of Law Review*, EALR, v.1, nº 1, 2010.

TARUFFO, Michele. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil** (versión abreviada). Disponível em: <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/oratar2.pdf.p1>>. Acesso em: 10 de abril de 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** / André Ramos Tavares. – 10. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

ANÁLISE ECONÔMICA DOS INTERDITOS PROIBITÓRIOS DIANTE DOS ABUSOS DO DIREITO DE GREVE

YEUNG, Luciana. **Análise Econômica do Direito do Trabalho.** In: Luciano Benetti Timm. (Org.). *Direito e Economia no Brasil.* 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

*Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão**

*Leticia Facci de Castro***

RESUMO: A partir do momento em que um Estado demonstra o interesse em participar de um tratado internacional, é de extrema importância que este manifeste a sua vontade e, conforme a legislação brasileira, realize todo o processo para de fato internalizar o documento internacional. Após a ratificação, conforme a Convenção de Viena de 1969, não há que se falar em recusa no cumprimento do tratado, sob a justificativa de incompatibilidade interna com o ordenamento, uma vez que para o direito internacional, este se sobrepõe ao ordenamento interno. No ano de 1984, houve a celebração pela ONU da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, como um meio de proteção a todos aqueles que passavam por este tipo de situação. Não obstante, no Brasil, vigorava já nesta época a Lei nº 6683/79, a qual concedia a anistia a todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a estes, dentro da data estipulada

* Doutora em Direito das relações sociais pela UFPR-Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito Civil e graduação pela UEM-Universidade Estadual de Maringá; professora do Programa de Mestrado e da graduação da CESUMAR_Centro Universitário de Maringá; Professora da EMAP –Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Membro do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná. Advogada.

** Mestranda em Direitos da Personalidade e seu alcance na contemporaneidade pelo Centro Universitário de Maringá- UNICESUMAR, Maringá-PR. Graduação pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR, Maringá-PR. Advogada regularmente inscrita na OAB/PR 86.511. Assessora jurídica no Registro de Imóveis de Sarandi-PR.

pela mesma. O objetivo da pesquisa refere-se ao esclarecimento sobre a adesão de tratados internacionais por manifestação de vontade do Estado, e o seu não cumprimento integral pelo próprio ordenamento jurídico, uma vez que existem ditames normativos que não coincidem com a Convenção ratificada, e sua consequente responsabilização internacional. A metodologia proposta para a realização será por meio da pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o método dialético, promovendo uma distinção das etapas de um tratado e a sua aplicação no caso concreto, com o intuito de melhor analisar o tema.

Palavras-chave: Anistia; Tratados Internacionais; Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: From the moment in which a State demonstrates interest in participating in an International Agreement, it is extremely important to demonstrate it, and, under the International Law, carry out the process to actually internalize the International document. After ratification, according to the 1969 Vienna Convention, there is no need to talk about refusing in an agreement compliance, under the international mismatch justification with the system, since the International Law overlaps the internal order. In 1984, there was a celebration by the UN Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment as a way of protecting all those who passed through this kind of situation. Nevertheless, in Brazil, the Law nº 6683/7 gave amnesty to all those who had committed political crimes and related to them, within the time stipulated by it. The purpose of this research refers to the accession agreement clarification by State will manifestation, and its non full compliance by the Judicial System, since there are regulatory dictates that do not match the ratified Convention and its consequent International accountability. The proposed

methodology for it will be through bibliographical and documentary research, using the dialectical method, promoting a distinction between stages of an agreement and its concrete application, with the objective of better analyzing the issue.

Keywords: Amnesty; International Agreement; State Responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Recepção pelo ordenamento brasileiro dos tratados de direitos humanos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; 3 O surgimento da anistia e o fim da proteção dos direitos humanos; 4 A postura internacional e a comissão contra a tortura; 5 Tratados internacionais: a recepção voluntária, a sua necessária vinculação depois que são ratificados e o controle internacional; 6 Caso Gomes Lund – o reconhecimento da responsabilidade brasileira e a falta de adequação das decisões com a convenção internacional ratificada; 7 A incompatibilidade da convenção com a Lei da Anistia; 8 A incompatibilidade da convenção com a lei da anistia; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos, a tortura se destacou como uma das formas mais degradantes de violação dos direitos humanos e da própria dignidade. Diversos episódios tornaram-se incontroversos na história, e em consideração a isto, a primeira Convenção específica da ONU foi justamente sobre o tema, criando ainda, o Comitê contra a Tortura para as investigações.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

No ano de 1989, o Brasil ratificou esta Convenção, bem como editou a lei nº 9.455/97, exemplificando o que viria a ser a tortura no âmbito interno da jurisdição. Ocorre que, a partir de 1984, já vigorava no Brasil a lei da anistia, que caminhava em sentido contrário às garantias da dignidade humana conferidas pela Convenção.

A presente pesquisa retrata a seguinte questão: a partir do momento em que um Estado adere a um dispositivo internacional com a sua plena manifestação de vontade, qual o motivo que o leva a manter uma norma interna que não se adequa a este? Ainda, depois da revalidação da lei da anistia pelo Supremo Tribunal Federal, bem como do julgamento da ADPF nº 153, qual a posição brasileira em relação à Convenção ratificada, posteriormente à lei em comento?

O objetivo desta se baseia na construção de uma visão crítica a respeito da incompatibilidade da lei da anistia com a Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penais cruéis, uma vez que aquela foi criada em um contexto de extrema violação de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, princípio que norteia todo o ordenamento jurídico vigente até hoje.

2 RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

Para um início de discussão, convém situar o contexto histórico que acabou gerando a lei em comento, abrindo então, uma lacuna no ordenamento jurídico em relação à proteção dos direitos humanos

violados neste período, bem como a recepção posterior da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, incorporada no ordenamento jurídico juntamente com a lei nº 6.683/79.

3 O SURGIMENTO DA ANISTIA E O FIM DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dentro do contexto brasileiro à época, a anistia consistiu em uma espécie de perdão a todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos durante o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Apenas os que já haviam sido condenados pelos crimes cometidos (como a prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal) ficaram de fora da lei.

Analisando o tema em um primeiro momento, cumpre conceituar e contextualizar a anistia dentro do Estado brasileiro e os atos que validaram esta, a qual foi recepcionada por diversos estados latino-americanos, cada qual à sua maneira, em momentos em que os países se encontravam em transições democráticas.¹ Nestes, é possível uma percepção por meio das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos², que a anistia se tornou uma maneira de inércia diante da responsabilização por parte do Estado, dos violadores de direitos, bem como da dignidade da pessoa humana.

Diante de uma América Latina conturbada por governos ditatoriais, o Brasil, no período compreendido entre 1964 a 1985,

¹ MAZZUOLI, 2014, p. 267.

² Por exemplo, nos casos *Barrios Altos vs. Peru*, *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006) e *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (2010).

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

enfrentou um regime militar conhecido pelas suas fases de extremo desrespeito e violação a todos os direitos inerentes à pessoa humana. Violações estas, que passaram desde a vedação à liberdade na imprensa, a desaparecimentos forçados e diversos casos de denúncia contra torturadores. O ano de 1968 foi um período conhecido como “anos de chumbo”, em que as repressões, bem como as violações dos direitos humanos, chegaram ao seu mais alto grau, sob a vigência do AI-5, que suspendeu diversas garantias constitucionais. Neste momento, passou-se a tornar comum o desaparecimento de todos aqueles que eram contrários ao regime. Conforme registros da Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos,

é certo que nos três primeiros anos de Geisel, os interrogatórios mediante tortura e a eliminação física dos opositores políticos continuaram sendo rotina. O desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios.³

Com uma população descontente, passaram a surgir movimentos isolados pelo país, que possuíam a intenção de acabar com o regime militar e tomar o poder. O caso mais conhecido entre estes, é

³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Direito à verdade e à memória:** Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 2007.

a intitulada “Guerrilha do Araguaia”, que resultou no desaparecimento forçado, detenção arbitrária e tortura de mais de 70 pessoas.

Sobre o contexto histórico deste caso, diz a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos que,

No final de 1973, último ano de Médici, já estava evidente o esgotamento do chamado “Milagre Brasileiro”, ciclo de cinco anos com forte crescimento do PIB, e os grupos militares de origem castelista conseguiram recuperar força, impondo Ernesto Geisel como próximo presidente. No momento de sua posse, em março de 1974, os órgãos de repressão já tinham logrado êxito no combate aos grupos de guerrilha urbana e desenvolviam a última campanha militar de aniquilamento contra os militantes do PCdoB no Araguaia.⁴

No governo do presidente general Ernesto Geisel, houve uma mobilização por parte da oposição para que a anistia “ampla, geral e irrestrita” fosse concedida a todos aqueles considerados presos políticos, exilados e cassados. Durante o governo sucessor de João Figueiredo, no ano de 1979, foi concedida anistia a todos aqueles que estavam envolvidos em crimes políticos e conexos a este, no período estipulado pelo mesmo. Esta, em sua interpretação literal, deu a absolvição a todos os agentes que cometeram violações aos direitos humanos, presos e exilados políticos.

⁴ Ibidem.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

Trata-se de uma espécie de auto anistia do próprio regime, de modo que não existisse uma perseguição nas violações que ocorreram em todo o território.

De acordo com o artigo primeiro da lei nº 6.683/79⁵, apenas aqueles que se encontravam condenados no momento da criação da lei, não seriam abrangidos pelos benefícios concedidos pela anistia.⁶

4 A POSTURA INTERNACIONAL E A COMISSÃO CONTRA A TORTURA

Diante de uma série de violações aos direitos humanos que, infelizmente, ocorrem ao redor de todo o mundo desde os tempos mais remotos, pode-se dizer que a tortura é uma das formas mais repugnantes e degradantes que um humano pode ser sujeitado. Esta possui um efeito negativo de maneira tão forte aos envolvidos, que foi alvo da primeira Convenção internacional que trata um assunto em específico, como

⁵ BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso em 14 de jul de 2016. Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. § 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º

⁶ CASTILHO, 2012, p. 229.

uma forma de proteção aos direitos humanos e a própria dignidade do ser.

No ano de 1984, foi celebrada pela ONU a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, fazendo com que todos aqueles que passavam ou passam por qualquer tipo de danos para a sua dignidade recebessem uma atenção especial no quesito proteção e punibilidade do agente ativo. Ainda, foi criado o Comitê contra a Tortura, para investigar qualquer denúncia ou iminência desta.

O texto da Convenção pode ser dividido em partes, de maneira que os sujeitos ativos e passivos sejam identificados, bem como sejam delimitados os procedimentos a serem realizados após a sua adesão, a formação de um comitê e o seu funcionamento, e por fim, a adesão dos Estados à Convenção.

Os artigos 3º e 4º são pontos interessantes da Convenção. Estes destacam a possibilidade de responsabilização do Estado em razão dos atos realizados pelos funcionários públicos, mesmo que diante de ordens superiores.

Ao todo foram 24 artigos que a compuseram, e não mais fizeram do que esclarecer todo e qualquer procedimento que deverá ser tomado em casos de tortura ou tratamentos degradantes. Ainda ressaltou que não existem possibilidades de justificativas em situações como esta, até mesmo em casos de guerra – conforme o artigo 5º da mesma.

É de extrema importância ressaltar que, como forma de manter o tratamento igualitário no procedimento, assim como todos os direitos pessoais e intransferíveis do ser humano, as garantias processuais do

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

suposto autor do delito em questão não foram retiradas pela Convenção, assim, todos os princípios constitucionais e protetores da dignidade humana devem ser respeitados. A jurisdição interna dos países aderentes não foi excluída.

Como exemplo dessa continuidade dos princípios internos compatíveis com a Convenção, conforme o artigo 13, os delitos ressaltados nesta são passíveis de extradição, mesmo entre um Estado parte e aquele com o qual não tiver tratado, vigendo aqui, o princípio da universalidade. A Convenção será o suporte para o procedimento da extradição.

Em 1989 o Brasil ratificou a Convenção, e editou a lei nº 9.455/97, que exemplificou o que se entendia por tortura no âmbito interno da jurisdição ⁷, o demonstra um caminho expressamente contraditório ao estabelecido nos ditames sobre a concessão da anistia.

⁷ Conforme a referida lei, o crime de tortura pode ser definido como: Art. 1º Constitui crime de tortura:

I – Constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de dois a oito anos. m§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos. § 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesesseis anos. § 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço: I – se o crime é cometido por

Conforme uma comparação direta com a Convenção é possível verificar que foi ampliado o sujeito ativo, de modo que qualquer pessoa que realizar um ato atentatório a outrem, possa ser enquadrada neste.

Com o advento da Constituição de 1988, antes mesmo da ratificação do tratado, passou-se a priorizar a dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos basilares de todo o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo com que, conforme o artigo 5º, III da CF/88, a tortura entrasse para o rol dos crimes hediondos, tornando-a insuscetível de fiança, graça ou anistia. O referido dispositivo constitucional possui a previsão de que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”.

Aqui, o ordenamento parecia estar se adequando aos ditames internacionais, deixando para trás um período ditatorial e violador de direitos humanos.

5 TRATADOS INTERNACIONAIS: A RECEPÇÃO VOLUNTÁRIA, A SUA NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DEPOIS QUE SÃO RATIFICADOS E O CONTROLE INTERNACIONAL

Para que uma norma entre em nosso ordenamento jurídico de maneira válida, deve existir outra como fundamento. As normas

agente público; II – se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)

III – se o crime é cometido mediante sequestro. § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. § 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. § 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

encontram-se em uma ordem hierárquica – a pirâmide normativa – que acaba por delimitar os limites materiais e formais do poder normativo. Nas palavras de Vitor Hugo Nicastro Honesko, se examinarmos a pirâmide normativa de baixo para cima, perceberemos que as normas jurídicas inferiores se encontram fundadas, material e formalmente, em normas jurídicas superiores, da mesma maneira ocorre quando ao contrário.⁸

Aqui entram os tratados de direitos humanos no nosso ordenamento, os quais devem sempre ingressar neste, por meio de uma norma superior. A partir do momento em que o Estado realiza a ratificação do tratado de direitos humanos, todo o seu conjunto de normas integram as garantias e direitos protegidos constitucionalmente, devendo então, ter a sua aplicação.

Conforme a Constituição de 1988, o Estado pode realizar sua participação no direito internacional, mediante um procedimento que necessita da manifestação de vontade dos poderes Executivo e Legislativo na matéria dos tratados: é a teoria da junção das vontades. Aqui, verifica-se que caso esta manifestação de vontade não exista, não há que se falar em formação de tratados e seu cumprimento interno.⁹

Para a celebração definitiva de um tratado, fases devem ser cumpridas. Em primeiro lugar, como forma de demonstração de vontade, tem-se a fase da assinatura, na qual acontecem todas as negociações sobre o conteúdo do tratado, que resulta na manifestação

⁸ HONESKO, In: PIOVESAN, 2010. p. 289-305.

⁹ RAMOS, 2014. p.360.

expressa do interesse na celebração. Apenas após estas, o tratado é incorporado e acontece o decreto presidencial.

Como não existe prazo estipulado para a aprovação congressual, o trâmite pode durar até décadas, dependendo, infelizmente, da conveniência política. Para a celebração definitiva do mesmo, também não há prazo para o Presidente da República, o que faz com que a sua ratificação não seja obrigatória, e sim um ato discricionário.

A norma internacional não será válida ainda, enquanto não for editado o Decreto de Promulgação pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores. Neste momento, é incorporado ou recepcionado o tratado internamente. A este respeito, André de Carvalho Ramos destaca:

Esse Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno. Não há prazo para sua edição e até lá o Brasil está vinculado internacionalmente, mas não internamente: esse descompasso enseja a óbvia responsabilização internacional do Brasil.¹⁰

Desta forma, verifica-se a complexidade de incorporação de um tratado internacional, e a necessidade de manifestação de vontade para que as negociações se iniciem. Assim, não há que se falar de um tratado imposto dentro do ordenamento, o que implica sua obrigatoriedade de cumprimento.

Ademais, para o âmbito internacional, todos os atos normativos internos de um Estado devem ser compatibilizados com os

¹⁰ RAMOS, 2014. p 360.

compromissos assumidos, sob pena de responsabilização, uma vez que um estado não pode se escusar a cumprir determinada norma sob a argumentação de uma incompatibilidade interna, conforme o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

Em consonância com a compatibilidade interna das normas com o direito internacional, é importante ressaltar ainda que há outra forma de verificação se um tratado está devidamente sendo cumprido: o controle de convencionalidade. Esse consiste em uma análise realizada internamente nos países em relação às normas internacionais, quanto à compatibilidade dos atos internos destes, sejam comissivos ou omissivos. André de Carvalho Ramos realiza uma subdivisão deste controle em: convencionalidade de matriz internacional – aquele que é competência dos órgãos internacionais e é realizado pelos tribunais internacionais – e o de convencionalidade de matriz nacional – consistente no exame das normas internacionais realizado pelos juízes internos.

Em outras palavras, controle de convencionalidade internacional será aquele no qual há uma fiscalização dos atos do Estado, por órgãos internacionais, em relação aos compromissos assumidos internacionalmente. Já o controle de convencionalidade nacional é a verificação da compatibilidade das normas internacionais, dentro do ordenamento interno. É de suma importância salientar que o controle nacional não vincula o internacional.

É certo que não serão todas as vezes que o controle de convencionalidade internacional coincidirá com o interno, como é o caso da Lei da Anistia, conforme os dizeres do referido autor:

É óbvio que nem sempre os resultados do controle de convencionalidade internacional coincidirão com os do controle nacional. Por exemplo, um Tribunal interno pode afirmar que determinada norma legal brasileira é compatível com um tratado de direitos humanos; em seguida, um órgão internacional de direitos humanos, ao analisar a mesma situação, pode chegar à conclusão de que a referida lei viola o tratado.¹¹

Em virtude de uma possível contrariedade de entendimentos diante de uma situação concreta, o controle de constitucionalidade final é o internacional, e deste decorre uma segunda denominação como “controle autêntico ou definitivo”, uma vez que é desta maneira que se chega à premissa de que o tratado foi devidamente cumprido.

Assim sendo, sob a visão do direito internacional todos os atos normativos internos de um país, são vontades que devem ser compatíveis com os seus engagements internacionais, de maneira que o Estado não poderá alegar que houve um descumprimento de norma internacional, devido à incompatibilidade com o ordenamento interno. Há uma supremacia de normas.¹²

6 CASO GOMES LUND – O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE BRASILEIRA E A FALTA DE ADEQUAÇÃO DAS DECISÕES COM A CONVENÇÃO INTERNACIONAL RATIFICADA

¹¹ RAMOS, p. 630.

¹² Ibidem. P. 387.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

De acordo com o contido na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso refere-se à responsabilidade do Estado pela – nas próprias palavras do julgado:

detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do partido comunista e camponeses da região, resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar.¹³

Tal movimento consistia na construção de um exército popular contra o regime vigente, o qual foi combatido pelo exército, marinha, forças aéreas e polícia militar e federal. Em um primeiro momento a ordem era apenas para conter os integrantes do movimento, mas, sob as ordens do general Médici, a ordem oficial passou a ser de eliminação dos capturados. Ao final do ano de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e ainda, constam em registros que os corpos foram desenterrados e queimados ou atirados no rio da região.

O governo impôs silêncio no caso.

Na data de 18 de Julho de 2006, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional, apresentaram suas solicitações e

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2016. P. 3.

provas em relação aos desaparecimentos forçados e à impunidade do Estado frente a estas.

O Estado, por sua vez, interpôs três exceções preliminares, sendo a incompetência do tribunal para examinar a demanda, devido ao tempo dos fatos; o não esgotamento dos recursos internos; o não interesse processual da Comissão e de seus representantes. Ainda, contestou a demanda.

A Corte considerou que a partir do momento em que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, esta teria competência para decidir sobre fatos posteriores.

Em sua verificação, a Corte constatou graves violações de direitos humanos no caso do Araguaia, uma vez que os desaparecimentos forçados ferem os princípios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma que foi alcançado um caráter de *jus cogens* no caso.

Cumprе ressaltar que, em momento algum foi negado pelo Estado o desaparecimento das vítimas, mas sim controvérsias a respeito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual teve a sua ratificação pelo Estado brasileiro em 1992, dando plenos poderes para uma averiguação da compatibilidade da lei da anistia.

O Estado brasileiro procurou formas de reparação do ocorrido, dentre elas a promulgação da Lei nº 9.140/95 e a publicação do direito à memória e à verdade, mas, segundo a Comissão, estas não foram suficientes para o caso em questão.

Por fim, foi decidido com unanimidade pela Corte que todos os efeitos causados pela lei da anistia não podem ser considerados

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

obstáculos para as investigações, assim como a mesma fere as convenções ratificadas pelo Estado brasileiro.

Em relação à responsabilidade sobre o caso Araguaia, foi reconhecida a responsabilidade do Estado nas violações de direitos humanos ocorridas, bem como da dignidade humana, todos os atos foram contrários aos dispostos nas convenções. Por unanimidade foi disposto que o estado não deveria medir esforços para realizar as buscas e investigações das vítimas, bem como oferecer todo o suporte necessário para os seus familiares, sejam tratamentos médicos ou psiquiátricos, realizar um ato público para reconhecer a sua responsabilidade e não deixar de realizar novas buscas para esclarecimento dos familiares.

A Corte foi clara ao dar o seu parecer, afastando os efeitos da lei da anistia, uma vez que esta feria diretamente todos os tratados e convenções ratificados pelo Estado brasileiro, reconhecendo a responsabilidade integral deste no dever de reparar, e por fim, no quesito de supervisionar o fiel cumprimento da sentença. A mesma foi dada no dia 24 de novembro de 2010.

7 A INCOMPATIBILIDADE DA CONVENÇÃO COM A LEI DA ANISTIA

Conforme o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988,

a anistia é ato político, concedido mediante lei, da competência do Congresso e do Chefe do Executivo, correndo por conta destes a avaliação

dos critérios de conveniência e oportunidade do ato, sem dispensa, entretanto, do controle judicial, porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao devido processo legal substancial.

Em meio a um período de regime militar, onde os casos de tortura eram cada vez mais frequentes e conhecidos, no ano de 1979 foi promulgada no Brasil a Lei nº 6.683/79, a lei da anistia.

Essa trouxe uma possibilidade de anistia a todos aqueles que realizaram crimes políticos ou conexos a estes no período de setembro de 1961 a agosto de 1979, de modo que todos os procedimentos penais envolvidos nos casos ficaram impedidos de realização. A mesma não foi nada mais que uma forma de controle do governo, bem como uma espécie de tentativa de redemocratização na época.

No ano de 1984, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanas ou degradantes, **era ratificada pelo Brasil, ainda sob a vigência da lei.** Sucede que, com a chegada da Constituição de 1988, e um Estado democrático de direito, incompatibilidades com a anistia concedida foram surgindo, bem como a contrária disposição desta com a Convenção e suas disposições expressas.

Em primeiro lugar, cumpre retomar um ponto pertinente à discussão para o direito internacional, uma vez que o Estado assumiu um compromisso perante este, e não há possibilidades de ressalvas quanto à obrigatoriedade em seu cumprimento, inclusive quando são utilizadas “desculpas com base na Constituição” ou ordenamento interno. Sob este argumento, o Supremo entendeu que a lei da anistia

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

era constitucional, criada em um específico contexto histórico, sem possibilidade de revogação.

Mesmo diante de uma ADPF (ADPF nº 153, rel. Min. Eros Grau), a lei não foi retirada do ordenamento jurídico, com os seus efeitos até os dias de hoje. Nos questionamentos feitos por esta, encontravam-se a recepção da lei da anistia pela Constituição de 1988, de modo que a norma tivesse sua interpretação literal afastada, sendo então, analisada sob a ótica constitucional.¹⁴

O Supremo considerou, ainda, que se trata de um ato bilateral, com a participação da sociedade, e, conforme a previsão na Emenda Constitucional nº 26/85, em seu artigo 4º, §1º, a validação da lei ocorreu, gerando também a recepção pela Constituição de 1988.

4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

¹⁴ STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153. Distrito federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpfl153.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Em seus dizeres sobre a ADPF, o relator Ministro Eros Grau, durante o seu voto, ressalta que:

A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes – adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 – e a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.¹⁵

As violações aos direitos humanos ocorridos pelo período “protegido” pela lei da anistia não se tratam de um fato controverso e esta lei, logo em seu primeiro artigo, demonstra uma incompatibilidade com a Convenção e com a Constituição brasileira, a qual não mencionou, em qualquer momento, o instituto, mas sim uma

¹⁵ STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153 distrito federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpfl153.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2016.p. 50.

importância à punição de qualquer violação de direitos humanos e da personalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um dos acontecimentos mais importantes para a proteção dos direitos humanos, servindo como marco inicial para outros tratados com finalidades conexas, passando, então, a existir uma movimentação mundial de proteção de tais direitos.

No momento em que um país atravessa um período de exceção, as violações, infelizmente, tornam-se frequentes e ocorrem nas suas mais variadas formas. Mesmo com um grande número de convenções para resguardar tais direitos, ocorrendo desde 1948 (momento em que surgiu a declaração universal dos direitos humanos), o Brasil passou a ratificar de maneira tardia os mesmos, o que fez com que uma grande demanda de ações que possuíam não apenas o intuito de reparação, mas de esclarecimento sobre os ocorridos chegassem ao judiciário e ao âmbito internacional.

O caso mais emblemático, em relação ao Brasil, foi o já mencionado Caso Gomes Lund ou Guerrilha do Araguaia, no qual a Corte Interamericana julgou a invalidade da lei de anistia e determinou a punição dos responsáveis pelos crimes ocorridos.

Mesmo diante de tal julgamento, o STF manteve a posição de que tal decisão não o vinculava, sem qualquer efeito surtido. Aqui entra o questionamento sobre a escusa de cumprimento de norma internacional ratificada, sob argumentos embasados em normas internas.

O STF, analisando a validade do dispositivo, optou pelo “caráter bilateral da anistia, ampla e geral”, afirmando ainda que “o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da lei nº 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes na doutrina da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção, a chamada lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento.

Países que aderiram à Convenção, bem como aqueles que também passaram por períodos transitórios em seu regime, adequaram-se às diretrizes internacionais, e se encontram em um período de incentivo ao rompimento de um passado autoritário e violador de direitos, investigando os casos conforme os pedidos de particulares. Tal procedimento nada mais é do que um incentivo à confiança do cidadão com o Estado. Já no Brasil, as adequações andam a passos lentos.

No ano de 2010, com a sentença do caso Gomes Lund e Outros, diversas imposições pela Corte foram impostas, de modo que o Brasil passasse a investigar as mortes e cumprisse, de fato, os ditames da Convenção incorporada no âmbito interno. Neste momento, foram criadas a Lei do Acesso à Informação e a Lei da Comissão Nacional da Verdade (nº 12.527/11 e 13.028/11, respectivamente), ambas com o intuito de dar publicidade e transparência nos casos ocorridos durante o regime militar, o qual causou dezenas de mortes, sem a sua devida

explicação. Tais leis têm, ainda, o objetivo de evitar que estes casos se repitam.

Podemos perceber então, que mesmo diante de compromissos internacionalmente realizados pelo Brasil, internamente o seu fiel cumprimento caminha a passos lentos, uma vez que mesmo diante de uma ADPF, o STF manteve o entendimento da constitucionalidade da lei. No âmbito internacional, a Corte já deixou claro que a lei não vincula os particulares quando houver o interesse de investigações referentes a este período. Vemos então, o direito internacional priorizando mais uma vez, a dignidade da pessoa humana, enquanto internamente, os particulares encontram-se limitados a um entendimento retrógrado do Supremo Tribunal Federal.

8 CONCLUSÃO

Diante da análise realizada, é possível verificar uma incongruência dentro das normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro. Uma vez que compromissos internacionais são assumidos, não há que se falar em normas com interesses contrários a este, principalmente quando ambos encontram-se vigentes no mesmo período.

A partir do momento em que a Lei da Anistia entrou em vigor, diversos obstáculos foram postos no caminho daqueles que foram prejudicados no período anistiado por esta. Tal situação parecia ter sido alterada, apenas quando a Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis e degradantes foi ratificada pelo Brasil. Ocorre que, foi necessária uma sentença desfavorável internacionalmente para que

mudanças internas passassem a acontecer de fato, fazendo com que houvesse uma proteção – mesmo que tardia – a todos aqueles que foram prejudicados direta, ou indiretamente, por um período marcado pela repressão intensa. .

Segundo o STF, a lei é válida e todos os seus efeitos continuam vigorando no tempo; conforme o entendimento da corte, ela viola diretamente os direitos humanos, não podendo assim, ter sua validade. Esta aberração jurídica em nosso ordenamento, ainda gerará muitas controvérsias, seja no rito processual, seja aos pesquisadores. Resta ao Brasil adequar-se totalmente aos seus compromissos internacionais, de maneira a proteger de forma integral todos os afetados pela abertura concedida pela lei 6.683/79.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. A incorporação da convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes pelo estado brasileiro em consonância com a justiça global. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9862>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro: Vida, Genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil.** São Paulo: Geração, 2013.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais:** um relato para a história. 32. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 2001.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Ministro Relator Eros Grau. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 29 de abril de 2010. *In*. Diário de Justiça Eletrônico, n. 145/2010 (06 de agosto de 2010).

CASADO FILHO, Napoleão; BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos: Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. **A lei de anistia viola convenções de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS. **Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

DIMOULIS, Dimitri Leonardo Martins. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Guerra de gigantes: STF versus CIDH (lei de anistia)**. Disponível em:

<<https://direitosfundamentais.net/2011/02/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia/>>. Acesso em: **31 ago. 2016**.

HUMANOS, Secretaria Especial dos Direitos. **Direito a verdade e a memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, 2007.

JUSTIÇA, Biblioteca do Ministério da. **Conselho de defesa dos direitos da pessoa humana: uma história de resistência e luta pelos direitos humanos no Brasil**. Brasília: Biblioteca do Ministério da Justiça, 2010.

JUSTIÇA, Biblioteca do Ministério da; JANEIRO, Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de (Org.). **Jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos: direito à vida, anistias e direito à verdade**. Rio de Janeiro: Prol Editora Gráfica, 2014.

JURICIC, Paulo. **Crime de Tortura**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. 180 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014. 318 p.

_____. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, tomo I.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1970.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Org.). **Direitos Humanos: Fundamento, proteção e implementação.** Curitiba: Juruá, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2014. 630 p.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. **Leis da Anistia e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: Estudo Comparativo Brasil, Argentina e Chile.** Curitiba: Juruá, 2013.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Fernanda Heloisa Macedo Soares*

Gustavo Pereira da Silva**

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo abordar a presença do assédio moral nas relações de trabalho, pois sua ocorrência pode caracterizar sérios danos psíquicos e até físicos no trabalhador. Diante disso pretendeu-se trazer à baila a evolução histórica acerca dos direitos trabalhistas e a repercussão do assédio moral nas relações laborais, ao longo dos tempos, e conseqüentemente suas distintas modalidades, além dos personagens que atuam nessa prática do delito. Destacou-se, também, a possibilidade de reparação de danos por parte do causador nas questões de assédio moral no ambiente laborativo e a forma que possa ocorrer essa possível reparação. O principal enfoque é como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana possui relevância no fenômeno do tratamento preventivo do assédio moral no ambiente de trabalho e pode ser utilizado como embasamento para fundamentá-lo. Utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, observando a divergência apresentada pela doutrina quanto ao assunto, havendo, assim, grandes lacunas a serem preenchidas, na questão do quanto a indenizar.

* Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2002) e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2010). Atualmente é docente da Faculdade Evangélica de Goianésia, Advogada - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás e São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Evangélica de Goianésia. Advogado - Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Goiás.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio Moral; Relações de Trabalho; Dignidade da Pessoa Humana; Reparação de Danos.

ABSTRACT: This study aims to address the presence of bullying in labor relations because its occurrence may characterize serious psychological and even physical damage to the worker. Thus it was intended to bring up the historical evolution about labor rights and the impact of bullying in industrial relations, over time, and consequently its different modalities, in addition to the characters engaged in this practice of the offense. It was emphasized also the possibility of repairing damage caused by the on bullying issues in the employees' environment and how that may occur this possible repair. The main focus is as the constitutional principle of human dignity is relevant in the bullying phenomenon in the workplace and can be used as a basis to substantiate it. was used as methodology the literature, noting the divergence presented by the doctrine on the matter, having thus large gaps to be filled, the question of how to compensate.

KEYWORDS: Moral harassment; Work Relationships; Dignity of Human Person; Damage Repair.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Relação de Trabalho. 2.1 Breve Noção Histórica; 2.2 Ambiente de Trabalho; 2.3 Trabalho como Garantia da Dignidade da Pessoa Humana; 3 Assédio Moral na Relação de Trabalho; 3.1 Contexto Histórico do Assédio Moral no Brasil; 3.2 Assédio Moral e as Leis Trabalhistas; 3.3 Sujeitos do Assédio Moral na Relação de Trabalho; 4 Reparação de Dano Causado ao Trabalhador Vítima de Assédio Moral; 4.1.

Responsabilidade Civil; 4.1.1 Responsabilidade Civil nos Casos de Assédio Moral no Ambiente de Trabalho; 4.2 Consequência Jurídica; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Ao que se observa na globalização, a sociedade se torna mais complexa e, não obstante, também as relações de trabalho, ao passo em que o assédio moral toma proporções mais evidentes e alastrantes no ambiente de trabalho.

O assédio moral ocorre nas relações de trabalho desde seu surgimento, pois os trabalhadores sofriam, desde a época da escravatura até os dias atuais, com o tratamento que era dado por seus superiores para que sempre se mantivessem na condição de subordinado.

Desta feita, o ordenamento jurídico tem se debruçado em controvérsias almejando a tutela da dignidade dos trabalhadores que são reféns da conduta que pode ser caracterizado como assédio moral, criando assim, dispositivos legais ou outros meios que buscam prevenir ou reparar o dano que foi causado e punir aquele que o causou. Assim, estudar-se-á de forma aprofundada o que consiste o assédio moral, como que este fenômeno social passou a fazer parte da atenção ao ordenamento jurídico, bem como de forma sumária irá abordar o contexto histórico das relações de trabalho, com o fim de em tese descobrir a origem desta conduta tão maliciosa que tanto denigre a evolução da sociedade e do mercado de trabalho.

A dignidade da pessoa humana tem relevante papel na proteção do trabalhador, pois a Carga Magna traz como principal princípio, a proteção da pessoa como condição de existência digna e harmoniosa.

O presente trabalho tem como objetivo geral explicar sobre o fenômeno social do assédio moral nas relações de trabalho, com enfoque em suas distintas formas, bem como suas consequências jurídicas e como objetivo específico trazer à tona a forma que é tratado esse acontecimento em nosso meio jurídico, ou seja, ao ser identificado como será reparado esse dano ocasionado.

Pretende-se, assim, demonstrar que ao priorizar a dignidade da pessoa humana, o assédio moral é fato repudiado nas relações de trabalho, pois pode vir a acontecer tanto de forma velada quanto explícita, porém não denunciada, por receio de que esse empregado possa vir a perder seu emprego, que garante seu sustento e de sua família, trazendo, assim, um prejuízo financeiro e social, pois esse empregado pode sofrer danos, tanto do empregador quanto de outro empregado no ambiente de trabalho.

A metodologia utilizada para esse trabalho é a pesquisa bibliográfica, dedutiva e qualitativa, onde se baseou na doutrina e jurisprudência para fundamentar a questão do assédio moral no ambiente do trabalho.

Diante disso, ao longo do artigo será feita uma abordagem entre a evolução histórica do trabalho, analisando os ambientes de labor, observando se os mesmos dão como garantia ao empregado parte hipossuficiente nas relações advindas das relações trabalhista, tendo essa por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana, deste modo passando ao conceito do assédio moral nas relações laborais e o seu contexto histórico no Brasil e mundo, por fim, como é o

entendimento segundo a posição majoritária jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro, e as consequências a quem pratica o assédio moral nas relações trabalhistas.

2 RELAÇÃO DE TRABALHO

Compreende-se que no Direito existe a figura do vínculo jurídico e a relação de trabalho é um gênero deste vínculo, podendo ser física ou jurídica, onde é configurado quando uma pessoa natural presta serviços à outra almejando uma contraprestação.

2.1 Breve Noção Histórica

Observa-se no decorrer da construção da sociedade o labor humano sofre até a contemporaneidade com a sua desvalorização e desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se tomar como exemplo a escravatura, onde o trabalho era mal visto tendo em consideração que era uma atividade exclusiva dos escravos, fazendo surgir a divisão de classes sociais.

Martins (2014) leciona que a priori é pertinente analisar o direito do trabalho em sua origem e o seu avanço, bem como o surgimento e transformações de institutos que surgiam no campo do direito do trabalho. Assim, oportuno se faz conceituar as relações de trabalho, relações estas que serão o cerne do presente artigo.

Diante de tal afirmação, é apropriado destacar as palavras de Vilanova (apud Diniz 2014, p. 16):

Todo conhecimento jurídico necessita de um conceito de direito. O conceito é um esquema prévio, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade, desprezando seus vários setores e somente fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas pelo conceito

Neste sentido, continua a autora ao tratar acerca dos conceitos no sentido de "sendo o conceito um suposto da ciência do direito, ela jamais poderá determiná-lo. Assim, a definição essencial do direito é tarefa que ultrapassa a sua competência". (DINIZ, 2014). Entretanto, devido uma divisão metódica que propõe o presente trabalho, há a nítida necessidade de conceituarmos o trabalho em suas diferentes dimensões.

Nesta perspectiva, Barros (2012, p. 43), diz que: "o termo do trabalho, segundo alguns dicionários etimológicos, deriva do latim vulgar *tripaliare*, que significa 'martirizar com o *tripalium*' (instrumento de tortura composto de três paus)". Ainda nos dizeres da referida autora, a mesma, cita uma passagem das sagradas escrituras, no livro de Gênesis, como fonte de justificação para as origens mais remotas que se tem da gênese do trabalho da seguinte forma:

Sustenta-se que os primeiros trabalhos foram os da Criação. É o que se infere do Pentateuco, mais precisamente do livro Gênesis, que narra a origem do mundo: "Deus acabou no sétimo dia a obra que tinha feito; e descansou..." (Gen. 2:2). O trabalho não tem aqui conotação de fadiga e o repouso é desprovido do sentido de recuperação de esforços gastos. Do mesmo livro Gênesis consta que "... o Senhor Deus tomou o homem e o colocou no

paraíso de delícias para que o cultivasse e guardasse...” (Gen. 2:15). Verifica-se dessa passagem que, mesmo antes do pecado original, Adão já trabalhava. O trabalho é uma possibilidade de continuar a obra criadora de Deus.

Noutra vertente, Martins (2007) leciona que é pertinente destacar as mudanças, que no decorrer do tempo à relação de trabalho passou, desde a *locatio conductio*, ou seja, o trabalhador locava suas energias, essas que por sua vez eram empregadas em forma bem feitorias através e como contraproposta o trabalhador ganhava algo em troca do serviço do aluguel de suas energias.

Segundo explica Delgado (2008), outro sistema de produção em que também fora utilizado o emprego de uma quantidade grande de trabalhadores na antiguidade mais precisamente com início no século IV, foi o feudalismo, no qual os senhores feudais donos de grandes propriedades de terras, davam proteção política e militar e em troca de tal feito era exigido o regime de servidão, no qual os trabalhadores “servos” eram obrigados a labor as terras, porém não em regime de escravidão.

Delgado (2008) assevera, ainda, que com a criação da máquina a vapor, mudou-se o cenário resultando deste modo nos marcos históricos como a Revolução Francesa ocorrida no ano de 1791 e a primeira Revolução Industrial, que ocorrera na Inglaterra no final do século XVIII, e início do século XIX, na qual foi empregada a máquina nas indústrias, o que ocasionou a substituição da mão de obra até então empregada, pelo uso constante de máquinas até mesmo no meio rural, deste modo acarretando em um grande número de pessoas desempregadas, que se submetiam a jornadas de trabalhos exaustivas,

salários miseráveis, e a precariedade em que se encontravam devido ao risco que as máquinas ofereciam sendo deste modo constante os acidentes com empregados e os empregadores não eram responsabilizados.

Surgem os primeiros movimentos reivindicatórios, e posteriormente as revoltas seguidas de greves, assim obrigando os governantes tomarem medidas para conter os motins, foi criada a Lei de Peel, com a finalidade de resguardar os direitos dos trabalhadores e lhes proporcionar melhores qualidades de labor, bem como assegurar garantias a estes, segundo entendimento de Delgado (2008).

Um grande marco para os direitos trabalhistas e que merece respaldo, foi o Tratado de Versalhes, no ano de 1919, o qual previu a Organização Internacional do Trabalho, com a proposta de proteger as relações entre empregador e empregado, havendo assim a obrigação de resguardar direito e tendo direitos a ponderações para sanar liames provenientes das relações laborais. Seguida da Declaração dos Direitos dos Homens, o qual trouxe alguns direitos que são utilizados até os dias atuais, como a jornada de trabalho, repouso e férias com remuneração.

Porém, é após a Primeira Guerra Mundial que os ideais dos direitos trabalhistas ganham enfoque político e então passam a fazer parte do texto constitucional de vários países, ressaltando-se para o México que foi o primeiro país a elucidar a redação dos direitos trabalhistas em sua constituição no ano de 1917.

No Brasil, o trabalho se iniciou a partir do seu descobrimento no qual os índios foram feitos escravos, seguidos em 1570, com importação de negros trazidos da África que também foram escravizados substituindo mais tarde os indígenas.

Deste modo, o marco inicial das leis trabalhistas no Brasil se deu no ano de 1888 quando foi promulgada a Lei Áurea, pela princesa Isabel a qual aboliu a escravidão, pois foi um norte que viria a ser agregado com outros ideais que surgiriam após este ato.

A situação do trabalhador brasileiro evoluiu com o advento da Constituição Federal de 1891, a qual concedeu liberdade de exercer qualquer profissão, porém foi a Constituição de 1934 que trouxe leis trabalhistas expressas pela primeira vez na redação do texto constitucional, diante de tais acontecimentos há de se destacar a Era Vargas, onde foram criadas medidas que visavam propiciar direitos e garantias aos trabalhadores tais como, carteira de trabalho, salário mínimo, descanso semanal remunerado, jornada diária de oito horas e a previdência social, propiciando deste modo mais tarde, mais propriamente dito no dia 01 de maio do ano de 1943, a criação da Consolidação das Leis de Trabalho .

Após o período do governo de Getúlio Vargas, houve oscilações na conquista de direitos, porém no ano de 1988 a nova Constituição da República Federativa do Brasil, revolucionou os direitos trabalhistas, proporcionando garantias fundamentais ao indivíduo, na esfera trabalhista, assegurando e resguardando com maior relevância tais direitos, assim como reiterando os direitos que já eram estabelecidos.

2.2 Ambiente de Trabalho

A proteção à dignidade das pessoas é prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Isso significa que o princípio da dignidade da pessoa humana

deve ser respeitado no âmbito de todas as relações sociais, inclusive no âmbito das relações trabalhistas. O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil dispõe sobre os princípios da República Federativa do Brasil, sendo eles a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

A dignidade da pessoa humana é esclarecida por Moraes (2013, p. 48) no que tange ao princípio em escopo:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Dentre os princípios constitucionais figura aquele que é o mais importante no contexto do assédio moral nas relações de trabalho que é o princípio da dignidade da pessoa humana por refletir a ideia da proteção da pessoa humana em face do Estado e também quanto aos demais indivíduos. Assim, o Estado deve atuar de forma a garantir as condições mínimas materiais para que as pessoas mantenham a sua dignidade. Por outro lado, entre pares, nas relações humanas em geral e nas relações de trabalho em particular, pressupõe-se o tratamento igualitário entre os semelhantes e reciprocamente.

Também é importante observar que está consagrado constitucionalmente o princípio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, preceituado no art. 170 da Constituição Federal de

1988. Percebe-se, portanto, que o texto constitucional vigente corrobora com o entendimento de que aos trabalhadores é assegurada a sua dignidade, que está acima dos problemas econômico-sociais e deve ser respeitada nas relações de trabalho.

Araújo e Nunes Júnior (2014, p. 144) tecem as seguintes considerações:

A valorização do trabalho e a livre iniciativa, indicados igualmente como fundamentos de nossa ordem econômica pelo art. 170, indicam que não só o Brasil adota o sistema capitalista, calcado na liberdade de empreendimento, como que um dos papéis de regulação do sistema econômico atribuído ao Estado é o de valorizar o trabalho, promovendo, portanto, a sua proteção, quer em relação ao empregador, quer em relação a vicissitudes econômico-sociais ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

Ao lado das disposições constitucionais e da interpretação dos Tribunais o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.488/1998 reconhecendo a vulnerabilidade dos trabalhadores nas relações trabalhistas: Para o estabelecimento do nexos causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) deve-se recorrer aos exames complementares, quando necessários. Assim, o consenso se evidencia no sentido de se considerar que o ambiente de trabalho é o espaço em que de um lado está o empregador e do outro o empregado, mas nem sempre sob o império do princípio da igualdade.

O ambiente de trabalho pode trazer desigualdades de insalubridade e periculosidade em face das atividades laborativas e não

raro encontra-se em certas ocasiões a submissão hierárquica do trabalhador às chefias de tal maneira que ferem diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana; podem-se exemplificar situações em que a ofensa recai não só no corpo do trabalhador pelo esforço físico despendido nos cumprimentos de suas funções, mas na ofensa ao respeito, à moral, ao decoro e recato do trabalhador que atura em face da necessidade do emprego para sustento próprio e da família.

2.3 Trabalho como Garantia da Dignidade da Pessoa Humana

No direito do trabalho, são utilizados princípios informadores do direito para que sejam abstraídas as verdades do direito para sua melhor compreensão. Assim, como um ramo do direito específico, por isso possui princípios próprios, neste sentido, preconiza Martins (2014 p. 64):

Princípio vem do latim *principium*, *principi*, com significado de origem, começo, base, o começo causa. O princípio de uma estrada seria seu ponto se partida. É o momento em que algo tem origem. Todavia, não é esse conceito geral de princípio que é preciso conhecer, mas seu significado perante o direito.

Os princípios norteadores do Direito do Trabalho nos dizeres de Marques e Abud (2013, p. 08) "não tem por objetivo a igualdade jurídica como no direito civil, mas sim a proteção de uma das partes (o hipossuficiente, ou seja, a parte mais fraca da relação de trabalho) para alcançar uma igualdade substancial". Ainda mais, pode se concluir princípios como fontes, para influir no direito, como afirma Reale (apud Amaral 2000, p. 01):

Os princípios são as fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação. Em relação ao Direito do Trabalho não poderia ser diferente, já que os princípios estão presentes naqueles dois instantes, em sua formação e na aplicação de suas normas. Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica na existência de princípios.

O princípio da proteção, diretamente está relacionado à compensação que o legislador aferiu ao trabalhador pela sua inferioridade financeira em face do mesmo, o próprio Tribunal Superior editou a Súmula nº 51 que determina que "as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

Neste sentido, Cintra, *et al* (1998, apud Amaral 2000, p.03) firmam que:

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao

princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais. (...)

A aplicação do princípio da proteção no âmbito do Direito do Trabalho, não reflete quebra da isonomia dos contratantes, mas, traduz-se, em perfeita aplicação da igualdade substancial das partes, já que não basta a igualdade jurídica para assegurar a paridade das partes, seja nas relações de direito material seja nas relações de direito processual.

Delgado apud Marques e Abud (2013 p. 08) sustenta que o princípio da proteção abrange praticamente todos (senão todos) os princípios especiais de direito do trabalho, já que não seria possível excluir da noção de proteção de princípios como da indisponibilidade dos seus direitos trabalhistas, ou a inalterabilidade contratual lesiva, ou da continuidade da relação de emprego. O assédio moral não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o que deixa quem é vítima de tal ato desamparada e trazendo o risco de sua incidência para o trabalhador. O assédio moral nas relações de trabalho estará coibido frente ao princípio da proteção e haverá maior segurança ao trabalhador e seu bem maior, a vida, e esta então será vivida com dignidade. O autor Plá Rodriguez (2000, p.107) estrutura o princípio da proteção em três elementos ou três formas distintas:

a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável,

deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas;

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador. Desta exposição segue-se que se trata de três regras distintas, resultantes do mesmo princípio geral, sem que se possa considerar uma regra subordinada ou derivada de outra.

Em síntese, o princípio da proteção utiliza como ferramenta a regra do *in dubio pro operário*, tendo em vista a circunstância de fragilidade que se encontra o trabalhador ao passo em que a norma mais eficaz inclina-se favoravelmente ao mesmo, caso exista divergência entre elas; sendo assim, emerge-se a regra da condição que mais beneficia o trabalhador ampliando a sua dignidade e sua proteção na relação de trabalho.

Entretanto as regras aludidas são autônomas, não se subordinando entre si, todavia são harmônicas e com o mesmo propósito que é fazer surgir o princípio da proteção.

3 ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE TRABALHO

O assédio moral vem tomando uma proporção ampliativa no ambiente de trabalho, pois esse assédio que sofre o trabalhador abrange passar por situações de humilhações, maus tratos e perseguições constantes corroborando com danos físicos e psicológicos.

3.1 Contexto Histórico do Assédio Moral no Brasil

Embora o assédio moral tenha virado tema de estudo somente em meados do século XX, o mesmo não é de ocorrência recente, muito menos se delimita a curtos espaços geográficos, mas sim em escala global, fatores como a omissão e a submissão, tão como o despreparo por parte do empregador contribuem para esta realidade.

No Brasil em 1888 ainda existiam escravos, mesmo que a Constituição Imperial do Brasil abordava a liberdade de poder trabalhar, contanto que não atacasse os costumes, a saúde e a segurança dos cidadãos, ressalta-se que a lei era válida somente a estes e não para os escravos (FERREIRA, 2004).

Em 1934, o labor toma característica de símbolo de dignidade, tanto é que foram atribuídos direitos para os trabalhadores. Após o golpe estatal nasce a constituição de 1937 indicando que o trabalho é um dever da sociedade, sendo amparado também pela constituição de 1967.

Entretanto, o Estado somente argumentava sobre os direitos e deveres dos trabalhadores e não especificamente sobre o assédio moral, vindo a ser oficialmente reconhecido na esfera jurisprudencial no ano de 2002, a partir do julgado do TRT da 17ª Região do Espírito Santo com relatoria da Juíza Sônia das Dores Dionízio em 20/08/2002:

ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A tortura psicológica, destinada a golpear a autoestima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de

métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.” (TRT 17ª R., RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionizio, DJ de 20.08.2002, publicado na Revista LTr 66-10/1237)

O julgado mencionado criou um horizonte trazendo ao universo jurídico o primeiro conhecimento técnico jurídico sobre o assédio moral no Brasil. O caso concreto em síntese toma forma quando o empregador reiteradamente submete o empregado à circunstância que lhe agride física e psicologicamente ao ponto de ir tão além, que extrapolou o primeiro contrato celebrado entre as partes, surgindo um contrato de inação, deixando a subentender que o empregador considerava o empregado como um inútil, ou como se até mesmo não existisse.

O caso tomou tamanha notoriedade nos tribunais brasileiros, que despertaram atenção ao tema, resultando na condenação do empregador e criando corrente jurisprudencial e discussão entre as cortes brasileiras.

3.2 Assédio Moral e as Leis Trabalhistas

Norteadado sob a ótica da luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, a fim de compreender como o Estado tem assegurado aos trabalhadores a dignidade nos casos de assédio moral nas relações de trabalho, Soltys (2012, p. 9) conceitua assédio moral como “uma restrição da liberdade [...] que acarreta constrangimento, seja físico ou moral”.

Martins (2014, p.17) ao explicar acerca do assédio moral, ensina que, a guerra de nervos do empregado e empregador é o termo marcante para se conceituar assédio moral da seguinte forma:

[...] O assédio moral corresponde à conduta ilícita do empregador ou qualquer preposto, tanto por ação quanto por omissão, podendo ser promovida por dolo ou culpa, de modo repetitivo e prolongado ao longo do tempo, geralmente de natureza psicológica, que acarreta ofensa direta à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador que é perseguido por alguém. O empregador fica exposto a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

Marie-Hirigoyen (2002, p. 65) define o assédio moral como "toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, dignidade, integridade física ou psíquica de uma

pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho".

Assim, a maneira sobre a qual é realizada a caracterização do assédio moral em ambiente de trabalho é dada na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.488/1998 em seu artigo 2º onde afirma que para o estabelecimento donexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar, dentre outras situações, a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal; o estudo do local de trabalho; o estudo da organização do trabalho; os dados epidemiológicos; a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas; a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros; o depoimento e a experiência dos trabalhadores, e por fim os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde.

No Estado brasileiro, os direitos dos trabalhadores são previstos a partir da Constituição Federal, ressalte-se que o texto constitucional elege dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em seu artigo 1º, incisos III e IV.

Além disso, ao dispor sobre a ordem econômica, o legislador constituinte de 1988, no supracitado artigo 170, determinou que a ordem econômica do Estado brasileiro é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Assim, o Estado passa a assumir o compromisso de assegurar aos indivíduos o mínimo que precisam para que possam exercer tais direitos, entretanto, na atualidade, não é possível afirmar que tais direitos já se encontram definidos, pois, as relações de trabalho, assim como todas as relações sociais, não são estáticas, mas sim, em constante desenvolvimento, o que enseja a realização de estudos e pesquisas que possam analisar as realidades em face aos contornos jurídicos aplicados.

O problema que se repercute acerca da efetivação dos direitos sociais, é que se esta mesma efetivação condiz com a letra da lei, ou nem sequer é efetivada. Neste sentido Lenza (2015, p. 1294) preconiza que:

Como se sabe, os direitos sociais, culturais e econômicos são denominados direitos de segunda dimensão e, para a sua implementação, exigem uma prestação estatal, o que, certamente demandará gasto público.

Surge, então, o problemático dilema entre a efetivação de determinados direitos sociais e a alocação dos recursos financeiros que são finitos, ou seja, demandam escolhas a serem implementadas por meio de políticas públicas.

Entretanto, nem sempre tais disposições são respeitadas, chegando, por vezes, a ocorrência de assédios morais nas relações de trabalho, em detrimento dos fundamentos da República assinalados. Desse modo, percebe-se que a ordem jurídica que rege as relações de trabalho está vinculada à proteção do trabalhador, parte vulnerável dessas relações, de forma a lhe assegurar a dignidade e a justiça social.

Como parte disso, a legislação correlata deve proteger os trabalhadores do assédio moral nas relações de trabalho.

3.3 Sujeitos do Assédio Moral na Relação de Trabalho

O assédio moral tem três personagens, sendo eles: vítima, agressor e as demais pessoas envolvidas, havendo distinção nos seus modos, este pode ocorrer na forma vertical, horizontal e por fim o misto. Comumente a vítima do assédio moral é o empregado, entretanto também é comum o superior do empregado ser vítima por outro superior, ou até mesmo uma coletividade de empregados que são subordinados àquele que os agride ou mais ainda, o próprio superior hierárquico ser vítima de assédio moral por um grupo de empregados, que se prevalecem da coletividade, leciona Alkimim (2008), configurando assim o assédio moral vertical, uma vez que existe a figura da subordinação e da posição hierárquica.

Além do assédio moral vertical, que é o mais comum, vale ressaltar a existência do assédio moral horizontal, este por sua vez parte de pessoas que estão na mesma posição hierárquica que a vítima dentro da empresa, e pôr fim à figura do assédio moral misto onde os agentes estão em níveis hierárquicos dentro do ambiente de trabalho distintos podendo ser na mesma linha hierárquica ou em linha superior. A conduta se configura quando feita reiterada e intencionalmente com dolo direto de alcançar o resultado em diminuir ou acabar com a autoestima do ofendido, gerando consequências desgastantes ao ambiente de trabalho.

O sujeito ativo possui características que faz com que o mesmo seja reconhecido, Alckmin (2008, p. 41) informa que “o sujeito ativo é

o acoassador, assediador ou agente, empregador ou qualquer superior hierárquico; colega de serviço ou subordinado em relação ao superior hierárquico”.

Identificam-se no direito do trabalho diversas conotações ao sujeito ativo tais como perverso, assediador ou acoassador, onde a característica comumente refere àquele que para expressar poder aos demais integrantes do ambiente de trabalho passa a diminuir outrem acreditando que assim irá demonstrar uma superioridade hierárquica, aumentando assim sua autoestima e fechando seus olhos para suas próprias falhas, desvaloriza suas ações, passa a ser arrogante e amoral, muitas vezes podendo apoderar-se de trabalhos alheios com o fim de argumentar determinada sabedoria ou experiência que em verdade não possui.

É interessante pontuar que também se configura o assédio institucional, que seria quando um grupo de pessoas de determinado quadro de funcionários são obrigadas a praticarem assédio incentivados pela própria organização que se integram, com o argumento de que estão defendendo, blindando ou afastando a possibilidade de uma futura dispensa. Muitas vezes ao abordar o tema de assédio moral no ambiente de trabalho, cria-se a imagem onde o sujeito ativo é uma pessoa prepotente em face da vítima que é sempre omissa, calada, tímida e constrangida. Pode até ser, contudo é uma consequência do assédio, pois na verdade, a vítima do assédio moral possui qualidades que o agressor não tem: a vítima anteriormente comunicava-se muito bem com as pessoas, tinha bons contatos, harmonia com os próximos, experiência profissional que até superava a do agressor.

Márcia Novaes Guedes (2003) afirma:

A vítima do terror psicológico no trabalho não é o empregado desidioso, negligente. Ao contrário, os pesquisadores encontraram como vítimas justamente os empregados com um senso de responsabilidade quase patológico; são pessoas genuínas, de boa-fé, a ponto de serem consideradas ingênuas no sentido de que acreditam, nos outros e naquilo que fazem; geralmente são pessoas bem-educadas e possuidoras de valiosas qualidades profissionais e morais. De um modo geral, a vítima é escolhida justamente por ter algo mais. E é esse algo mais que o perverso busca roubar, ou simplesmente não se enquadra nos novos padrões de “modernização” da empresa. As manobras perversas reduzem a autoestima, confundem e levam a vítima a desacreditar de si mesma e a se culpar. Fragilizada emocionalmente, acaba por adotar comportamentos induzidos pelo agressor. A vítima é inocente, mas as testemunhas da agressão desconfiam dela. Seduzido e fascinado pelo perverso, o grupo não crê na inocência da vítima e acredita que ela haja consentido e, consciente ou inconscientemente, seja cúmplice da própria agressão.

Posto alhures, a vítima passa a mudar seu comportamento em virtude das constantes agressões, comprometendo não apenas seu desempenho profissional, mas também seus relacionamentos familiares e sociais, desmanchando assim sua autoestima como profissional e como ser humano, passando a tomar condutas típicas de uma pessoa hostilizada: se retrai, evita contatos, perda de sono, aparência física a desejar, etc.

A vítima é estigmatizada: dizem que é de difícil convivência, que tem mau caráter, ou então que é louca. Atribui-se à sua personalidade algo que é consequência do conflito e esquece-se o que ela era antes, ou o que ela é em um outro contexto. Pressionada ao auge, não é raro que ela se torne aquilo que querem fazer dela. Uma pessoa assim açoitada não consegue manter seu potencial máximo: fica desatenta, menos eficiente e de flanco aberto às críticas sobre a qualidade de seu trabalho. Torna-se, então, fácil afastá-la por incompetência profissional ou erro. HIRIGOYEN (2002, p. 68)

Com a vítima rendida psicologicamente ao agressor, este passa a manipular o ambiente ao redor, revertendo à imagem que anteriormente tinham sobre o ofendido, alegando que antes era uma pessoa dedicada, mas que com o tempo foi acomodando-se tornando um estorvo para o ambiente de trabalho, criando assim argumentos para afastar a vítima do labor.

Contribui também, aqueles que presenciam o fato vexatório e se omitem, não fornecendo suporte à vítima, muitas vezes pelo receio de também se tornar vítima corroborando para a continuidade das humilhações. Por sua vez, existem aqueles que por si só se juntam ao agressor, ampliando o conflito gerando um verdadeiro cenário de humilhação que nada contribui para a evolução da sociedade ou do exercício a que se destina determinado ambiente.

4 REPARAÇÃO DE DANO CAUSADO AO TRABALHADOR VÍTIMA DE ASSÉDIO MORAL

Tendo em vista a existência do assédio moral nas relações de trabalho, é salutar destacar como é realizada a reparação dos danos sofridos pelas vítimas, compreendendo as responsabilidades civis segundo o que preceitua o Direito do Trabalho.

4.1 Responsabilidade Civil

Segundo Silvio Rodrigues (2003, p. 6) “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

O dano é o principal ponto no tocante a responsabilidade civil, uma vez que para haver a responsabilidade civil tem que haver o dano, e sem o dano não há o que se falar em indenização.

De acordo com o posicionamento de Sergio Cavalieri (2008, p. 71):

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a

afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.

Os danos podem ser definidos em morais ou patrimoniais, sendo o primeiro aquele causado contra integridade moral da pessoa, sendo deste modo violada a honra da pessoa, no caso do empregado, o empregador responde pelo dano moral causado ao empregado, danos aos quais não são mensuráveis, ou seja, sua reparação é de difícil definição sua valoração para uma posterior reparação. Já os danos patrimoniais são os quais causam diminuição ou destruição a um bem do agente lesado com tal ato, deste modo distinguindo do dano antes apresentado os danos causados podem ser apresentáveis.

O dano material se distingue em lucros cessantes e danos emergentes, deste modo pode-se compreender que danos emergentes são aqueles em que há uma lesão imediata ao capital da parte desfavorecida, assim não havendo dificuldades quanto a atribuição do valor que deve ser indenizada a parte lesada. Por outro lado, os lucros cessantes são os quais geram um prejuízo a uma vantagem financeira que a pessoa teria e que deixara de se concretizar em virtude de dano a ela causado por outrem, deste modo frustrando um ganho que poderia se concretizar.

Vale salientar ainda que, para que tenhamos a efetivação da responsabilidade civil devemos ter a ocorrência do nexo causal, o qual devemos nos atentar a figura da conduta que fora empregada e o qual foi o resultado que o emprego de tal conduta proporcionou, pois somente assim se possa configurar a responsabilidade civil de quem praticou, portanto é necessário que tenha havido por parte do agressor atitudes ilícitas, e que haja posterior necessidade de reparação para com

a vítima. Porém para que seja efetivada a culpa deve ser observada a intenção do agente agressor, uma vez que se o mesmo, estando ciente da prática antijurídica, comete o dolo, uma vertente distinta de quando ocorre comportamento culposos, ou *stricto sensu*, o qual é cometido o delito, porém sem a intenção de lesar outrem.

No ordenamento pátrio civil a culpa não tem uma intensa relevância quanto a responsabilidade civil, uma vez que não é observada e em mesmo é feita a distinção se houve a intenção, havendo tão somente o dever de indenizar, sendo observadas a dimensão do dano causado ou até mesmo a intensão de quem praticou o feito, para quantificar a questão de indenização.

4.1.1 Responsabilidade Civil nos Casos de Assédio Moral no Ambiente de Trabalho

O Código Civil de 2002, em seu artigo 187 preleciona acerca do abuso de direito ser um exercício fora da normalidade, em outras palavras, a ética e a finalidade social e econômica do direito mantém distância do exercício que é praticado (CAVALIERI FILHO, 2009).

É sensível a barreira que diferencia o reconhecimento do exercício regular e o exercício que se torna abusivo, contrapondo-se à facilidade de provar a circunstância danosa que se emerge contra a vítima.

Trata-se da figura do abuso do direito, um dos institutos jurídicos de reação ou de contenção à invocação de um direito subjetivo, por objeções de caráter ético, dentro do entendimento de que o direito não pode se prestar a finalidades

consideradas contrárias à ética. (NETO, 2003, p.168).

Em síntese, o empregador possui o direito de exercer poder que irá direcionar o negócio, assumindo os riscos produzidos quando este exceder o exercício de seu direito deverá, portanto, responder objetivamente. E é a partir de tal excesso de exercício de seu direito em que se configura o assédio moral.

O ordenamento jurídico brasileiro moderno entende que o empregador é responsável pelos atos de assédio moral praticados por seus empregados, tanto na relação jurídica vertical quanto horizontal, consoante Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 263-264):

A ideia de culpa, na modalidade in eligendo, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilização civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida.

O Código Civil estabelece em seu artigo 933 que o empregador responderá civil e objetivamente pelas condutas de seus empregados em virtude de seu trabalho, importante frisar que responderá não só da relação de empregado contra empregado, mas de empregado contra

qualquer pessoa, por exemplo contra cliente ou contra fornecedor. Primordial salientar que se tal circunstância se configure, é possível ao empregador ingressar com uma ação regressa em face o empregado que cometeu tal assédio, já que teve que indenizar a vítima por um ato que não cometeu diretamente, consoante preconizado no artigo 462 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Complementa o Código Civil, em seu artigo 934 ao afirmar que o empregador poderá se reembolsar, tendo em vista que sofreu lesão ao ter que indenizar o ofendido. Existe a compreensão doutrinária onde afirma que a exordial acusatória poderá iniciar na Justiça do Trabalho, delimitando a responsabilidade pela lesão à vítima (GUEDES, 2003).

Diante do que se foi explanado anteriormente, vale observar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho neste Recurso De Revista nº RR 16723120115070004, julgado em 23/04/2014 com relatoria de Kátia Magalhães Arruda, quanto ao tocante da responsabilidade civil por parte do dano moral causado a outrem, onde fica evidenciado que houve a configuração do assédio moral na relação de trabalho, pois o superior hierárquico transgrediu o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos constitucionais em relação à vítima. No tocante a indenização que a vítima tem por direito é pertinente ressaltar que o valor arbitrado é de caráter subjetivo tendo em vista que a humilhação sofrida é um dano irreversível.

Ainda no que se refere ao valor fixado como reparação pelos danos morais sofridos, há uma lacuna quanto a uma norma que estipule valores específicos em relação a conduta praticada pelo assediador, já que o direito do trabalho reconhece em sua jurisprudência o fenômeno jurídico do assédio moral.

Nesse mesmo sentido é possível observar a controvérsia existente através do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº AIRR 9152720125010341, julgado em 24/06/2015 também pelo Tribunal Superior do Trabalho, e relatoria do Desembargador Convocado Breno Medeiros.

Assim sendo, os valores muita das vezes fixados como forma de reparação pelos tribunais no que tange os danos morais não respeita o critério da proporcionalidade, arbitrando valores irrisórios, que não suprem o dano causado, nem tão pouco servem como punição ou nem mesmo meramente medida educativa.

4.2 Consequência Jurídica

É evidente que o assédio moral atinge não somente a vítima, mas também ao empregador ou empresa, onde a violência é praticada, também afeta a sociedade tendo em vista a sua mobilização para reprimir a prática, e ao Estado com toda a desenvoltura de seu Poder Público.

A empresa sofre com o assédio não somente com o ambiente de terror que se inicia, mas com sua produtividade, já que o empregado se encontra em constante estado de desestímulo, mesmo que o empregado tente trabalhar com mais afinco, a violência tende a repuxar com o decréscimo no desempenho de seu exercício, de modo em que perde concentração e o raciocínio, devido estresse e a própria violência que no momento em que está ocorrendo, interrompe muitas vezes o labor.

Ocorre muitas vezes também a evasão do empregado na empresa, tendo em vista que não vê mais a empresa como um ambiente saudável e dignificante, mas sim como uma sala de tortura, gerando inclusive danos à saúde, tendo que tirar licenças médicas para tratamento.

Ao que tange em consequência jurídica, uma das consequências é a contribuição para a burocracia do Poder Judiciário ao ter que lidar com demandas alarmantes de dano moral oriundas do assédio, causando obstruções a outros processos, sem contar nos gastos que o Estado possui para a movimentação de tais lides no Judiciário.

Na esfera do Direito Constitucional, o assédio moral atinge o direito da personalidade da vítima, já em que causa danos à sua integridade física, moral, sua honra, que por sua vez também encontra respaldo no Direito Penal, ofende o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e os objetivos da Constituição Federal que é manter ou construir gradativamente uma sociedade justa, livre, solidária, fraterna, totalmente livre de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação e causa infração à vedação de torturas e tratamentos degradantes ou desumanos, consoante direito e garantia fundamental do cidadão (FONSECA, 2007).

Desta feita, poderá o ofendido evocar o artigo 5º, inciso XLVI, alínea c da Constituição Federal que assevera ao cidadão o pleito da indenização mediante o dano moral. Poderá também ingressar diretamente em face o empregador, mesmo que não tenha sido autor, mas sim outro empregado, conforme preceitua o Código Civil em seu artigo 932, inciso III, ou poderá acionar o próprio violento, conforme artigo 942, parágrafo único, ainda do Código Civil, já que o dispositivo alhures constitui responsabilidade solidária entre empregador e o empregado que causou lesão mediante o assédio moral.

Quanto à seara trabalhista, o assédio moral configura falta grave em face o empregador, já que o mesmo descumpriu obrigações previstas ao que consta no artigo 483 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 (CLT), podendo então o empregado ofendido buscar a rescisão indireta e ingressar com uma indenização.

Em face ao empregado que assedia, a consequência jurídica na seara de Direito do Trabalho se dá com a extinção do vínculo empregatício com o empregador mediante justa causa, mediante o artigo 482, alínea j da CLT. Poderá além da extinção do contrato, responder passivamente por um processo de danos morais pelo próprio ofendido, devendo incumbir com a indenização.

Ainda não obstante, o empregado que pratica o assédio poderá sofrer ação regressa imposta pelo empregador se este vier a ser processado pelo ofendido, assim o ofensor irá indenizar o empregador por ressarcimento pelos gastos que teve com a demanda judicial que foi arguida pela vítima, conforme Código Civil, artigo 934 que dispõe: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

Mais ainda, poderá ser responsabilizado na seara do Direito Penal por crime contra honra ou até por lesão corporal, dependendo da dimensão em que se propaga o assédio moral (PELI e TEIXEIRA, 2006)

Denota-se que a caracterização do assédio moral pode trazer imensas consequências jurídicas tanto para o autor direto do ato, como para o empregador que não o pratica, mas que nossa legislação tem como base a proteção aos direitos do trabalhador e fornece meios para

que haja respaldo jurídico quando da ocorrência de tal fato, primando pela dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi elencado, durante todo o trabalho em linhas volvidas, este por sua vez buscou salientar acerca da evolução histórica, preceituando as necessidades que levaram o homem ao trabalho, e a trajetória até a consolidação das leis trabalhistas, no cenário nacional e mundial. Bem como a conceituação acerca do que vem a ser o ambiente de trabalho e o assédio moral, preceituado pelo que rege o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Com base perante o que foi exposto, ressaltou-se o conceito técnico e jurídico acerca do assédio moral, destacando ainda sobre a prática do assédio moral nas relações de trabalho, no qual foi abordado através da evolução histórica tal fenômeno no Brasil a fim de esclarecer como o mesmo surgiu e vem sendo tratado até a presente data, avaliando o modo como as leis trabalhistas sua eficácia e até onde as normas resguardam os direitos do trabalhador, parte hipossuficiente na relação empregatícia. Havendo ainda abordagem quanto a questão dos sujeitos os quais estão presentes em cenas de situações em que existem o assédio moral este em suas distintas espécies, podendo este ser em linha vertical, ou seja, em que é cometido por alguém em posição hierárquica superior, contra seu subordinado, ou de modo contrário podendo ser o empregado quem pratica o ato contra seu superior, podendo existir também a modalidade do assédio moral horizontal, sendo este o qual é praticado por pessoas as quais inexistem relação de subordinação, ou seja, o sujeito agressor se encontra na mesma linha hierárquica que a vítima, e por fim o assédio moral misto, que engloba

três personagens, a vítima, o agressor em posição hierárquica superior e agressor na mesma posição hierárquica do ofendido.

Foi trazido à baila como é reparado o dano causado ao empregador vítima de assédio moral, com respaldo no que preceitua a responsabilidade civil nos casos em que ocorrem o assédio moral nas relações de trabalho, conseqüentemente e por fim quais as conseqüências que o nosso ordenamento jurídico preceitua em casos em que são identificados a práticas supra mencionadas, com enfoque na posição majoritária de nossos superiores tribunais, em relação as suas decisões no que se refere ao assédio moral em que envolvem as relações empregatícias.

Diante disto, deve-se ressaltar para a deficiência de nosso ordenamento jurídico no que tange o assédio moral, uma vez que não temos uma legislação específica que trate, aborde e tenha previsão legal expressa para a punição de quem pratica tal delito.

O assédio moral no ambiente de trabalho vai contra o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, que tem como principal característica garantir a qualquer pessoa a qualidade de ser humano e assim deve ser tratado o trabalhador para que tenha uma forma justa e igualitária de convívio social, pois seu labor é a maneira que possui para garantir sua subsistência e de sua família.

Por fim, pode-se concluir que o assédio moral é uma situação que ainda ocorre nas relações de trabalho, porém tanto doutrina quanto jurisprudência preconizam a reparação de danos causados por esta prática, que pode causar danos irreversíveis ao trabalhador, tanto em sua saúde física como mental.

REFERÊNCIAS

ALKIMIM, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba, Juruá, 2008.

AMARAL. Júlio Ricardo de Paula. **Princípio da Proteção: Limitações à Aplicação no Direito do Trabalho**. Revista LTr: São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125408/Rev17Art14.pdf/6fb77bea-ce51-468f-8e09-9201b5b434b4>>. Último acesso em 10 de Junho de 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. rev. e atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

BELÉM. Evandro de Oliveira; OLIVA, José Roberto Dantas. **A Importância do Princípio da Proteção na Esfera do Direito do Trabalho**. 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2110/2182>>. Último acesso em 27 de Maio de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Último acesso em 27 de maio de 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.488 de 06 de Março de 1998.** *Dispõe de normas específicas para médicos que atendam o trabalhador.* Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1998/1488_1998.pdf>. Último acesso em 10 de Maio de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943.** *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Último acesso em 11 de Maio de 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** *Institui o Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Último acesso em 11 de Maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 341.** *É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Último acesso em 11 de Maio de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista nº RO 01403201403603003 0001403-96.2014.5.03.0036.** Relator Juiz Convocado Márcio Roberto Tostes Franco. Julgado em 21 de Agosto de 2015. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228498656/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1403201403603003-0001403-9620145030036>>. Último acesso em 15 de Abril de 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. **Recurso Ordinário nº 1315.2000.00.17.00.1 – AC. 2276/2001**. Relatora Juíza Sônia das Dores Dionizio. Julgado em 20 de Agosto de 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-nov-21/trt_vitoria_reconhece_violacao_direitos_humanos>. Último acesso em 17 de Maio de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso De Revista nº RR 16723120115070004**. Relatora Kátia Magalhães Arruda. Julgado em 23 de Abril de 2014. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120964884/recurso-de-revista-rr-16723120115070004>>. Último acesso em 05 de Junho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº AIRR 9152720125010341**. Relator Desembargador convocado Breno Medeiros. Julgado em 24 de Junho de 2015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203777073/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-9152720125010341/inteiro-teor-203777109>>. Último acesso em 31 de Maio de 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

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

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Volume I: Teoria Geral do Direito Civil**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio Moral Nas Relações de Trabalho**. Campinas: Russel, 2004.

FONSECA, Rodrigo Dias da. **Assédio Moral – Breves Notas**. São Paulo: Revista LTr, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio Moral: A Violência Perversa no Cotidiano**. KUHNER, Maria Helena (Trad.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015;

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no Emprego**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30ª ed. São Paulo. Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NETO, Eugênio Facchini. **O Novo Código Civil e a Constituição**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PELI, Paulo e TEIXEIRA Paulo. **Assédio Moral: uma Responsabilidade Corporativa**. Bauru, SP: Editora Ícone, 2006.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. GIGLIO, Wagner D. (Trad.). 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SOLTYS, Mariano. **Assédio Moral no Meio Ambiente de Trabalho**. São Paulo: Clube de Autores, 2012.

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

*Fernando de Siqueira**

*Thaís Amoroso Paschoal Lunardi***

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar, a partir de um resgate histórico, tendo como marco temporal inicial a Modernidade, a importância de um juiz ativo na condução do processo, bem como a valoração da prova no processo civil. A exposição da pesquisa foi estruturada em seis partes. Na primeira, evidencia-se que o processo civil é fruto da manifestação cultural de uma determinada sociedade. Na segunda, analisa-se o conceito contemporâneo de acesso à justiça, pontuando a importância de um juiz ativo para a concretização desta garantia fundamental. Na terceira, demonstra-se a passagem do processo civil concebido na modernidade para o processo civil no Estado constitucional. Na quarta, discorre-se a respeito dos poderes instrutórios do juiz. Na quinta, apresenta-se os três critérios de valoração da prova no processo civil. Por fim, na sexta, enfatiza-se a importância de um juiz ativo na condução e instrução probatória do processo no Estado constitucional. Na conclusão é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas, assim como são feitas ponderações em relação à importância da prova no processo civil do Estado Constitucional, destacando a necessidade de um juiz ativo na condução do processo civil brasileiro.

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Positivo. Advogado. Endereço eletrônico: fernando_siqueira_ctba@hotmail.com.

** Mestre e Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Positivo. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Positivo: thais.lunardi@universidadepositivo.com.br

Palavras-chave: Poderes instrutórios; Valoração da prova; Persuasão racional; Processo civil no Estado constitucional.

ABSTRACT: The present search has as a goal demonstrate, from the historic rescue, which one has as an initial reference the Modern Age, the importance of an active judge in the conducting of Civil Process, even as the assessment of the evidence in the Civil Process. This study has been organized in six parts. In the first one, shows how the process is a result of the cultural manifestation of one determinate society. After it, in the second part, it is analyses the contemporary concept of access to justice, highlighting the importance of an active judge for the realization of this fundamental guarantee. In the third part, shows the passage of Civil Process conceived in the Modernity to the Civil Process in Constitutional State. Fourthly, discusses a about the judge's investigative power. In the sequence, the fifth part, submits to appreciation three standards of assessment of the evidence in Civil Process. Finally, in the last part, lay emphasis on the importance of an active judge in conducting of probative lawsuit in Constitutional State. Therefore, in the conclusion, is made, not only, the summarizing the principal ideas developed, but also, are made considerations about the importance the proof in Civil Process of Constitutional State, emphasizing the necessity of active judge in the conducting of brazilian Civil Process.

Keywords: Judge's investigative power; Assessment of the evidence; Principle of Judge's Free Convincement; Civil Process of Constitutional State.

SUMÁRIO: 1 Notas introdutórias; 2 Processo e cultura; 3 O acesso à ordem jurídica justa: o direito fundamental à

tutela adequada e efetiva; 4 A função do processo civil: da modernidade ao estado constitucional; 5 Os poderes instrutórios do juiz; 6 Os critérios de valoração da prova e os poderes instrutórios do juiz; 7 Da importância de um juiz ativo na condução do processo no estado constitucional; 8 Considerações finais; Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Contemporaneamente, constata-se que a Constituição Federal deve ser o ponto de partida e de chegada para qualquer reflexão acerca do direito processual civil. Isso porque o plano constitucional delimita o modo de ser de todo o direito processual civil. Assim, os institutos do Processo Civil como o direito à prova e os poderes instrutórios do juiz, devem ser estudados com os olhos voltados para a Constituição.

A prova e os poderes instrutórios do juiz traduzem-se em tema polêmico e de difícil trato no âmbito do Processo Civil, uma vez que a aplicação tradicional do ônus probatório, descrita no artigo 373 do Código de Processo Civil, a qual impõe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo, extintivo do direito do autor, inúmeras vezes mostra-se insuficiente para resolver os conflitos de maneira efetiva, o que pode acarretar a “inutilidade da ação judiciária”.

Frente a este cenário possível de “inutilidade da ação judiciária”, porém incompatível com a visão hodierna de processo civil, o qual é entendido como instrumento de acesso à justiça e de garantia e efetivação de direitos, busca-se evidenciar a importância de um juiz ativo na condução do processo e na instrução probatória, levando-se em

conta o critério da persuasão racional e seus poderes instrutórios, a fim de conceder não só o acesso ao Poder Judiciário, mas principalmente uma tutela efetiva e adequada.

Assim, diante de uma sociedade altamente complexa, na qual prepondera o descrédito no Poder Público e o apego exacerbado às formas, o que limita a atuação dos juízes, fazendo desses meros espectadores da relação jurídica processual, busca-se enfatizar a importância de um juiz ativo na condução e valoração da prova no processo civil Constitucional, como forma de auxiliar a persecução dos valores de justiça descritos na Constituição Federal.

2 PROCESSO E CULTURA

O processo não se encontra em um estado natural, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. “E falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são ahistóricos, visto que são frutos da experiência, da própria cultura” (OLIVEIRA, 2006: 2)” construídos ao longo da história em uma determinada sociedade. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira citando Rickert, assevera que a cultura pode ser entendida como:

(...) o complexo rico e multifacetado reino da criação humana, de tudo aquilo que o homem consegue arrancar à fria seriação do natural e do mecânico, animando as coisas com um sentido e um significado, e realizando através da História a missão de dar valor aos fatos e de humanizar, por assim dizer, a Natureza. (RICKERT, *apud* OLIVEIRA, 2006: 2)

Já Daniel Mitidiero (MITIDIERO, 2015: 27-28) pontua que a cultura pode ser compreendida a partir de dois significados: o de *cultura animi* e o de civilidade. O primeiro é associado à cultura no seu sentido individual, em que o indivíduo busca o desenvolvimento de suas capacidades intelectuais e morais dentro das disciplinas superiores, como, por exemplo, a filosofia. E o segundo sentido exprime uma ideia mais coletiva e social, identificando-se com determinados estágios de evolução de uma determinada sociedade.

Daniel Mitidiero assevera que a partir dessa dupla acepção do termo cultura é possível explicar o Direito e por consequência o processo como manifestação da cultura, uma vez que:

A partir da ideia de *cultura animi* explica-se a ligação entre cultura e espiritualidade (entrando em cena a pessoa, considerada individualmente), servindo a sua compreensão como civilidade para convocar à baila o elemento social, bem marcando os laços entre espiritualidade e sociedade. Aparece, então, a ideia de cultura como algo que espiritualiza a vida social, bem apontando os nexos indelévels existentes entre a cultura e o tipo de vida levado por determinada agremiação de pessoas, fundado em valores comuns. A cultura, nessa perspectiva, realiza os valores sociais. (MITIDIERO, 2015: 28)

Observa-se que a palavra cultura é ao mesmo tempo ampla e restrita demais para que seja de muita utilidade. Todavia, a fim de lhe conceder contornos mais sólidos e compreensíveis, nota-se que ambas as classificações do termo expostas acima relacionam a palavra cultura a valores. Por isso, para fins da presente pesquisa, entende-se que

cultura é a externalização de valores, quer sejam políticos, jurídicos e sociais de uma determinada sociedade, em um dado momento histórico, que acabam por influenciar o processo.

Por isso, compreender o processo como produto da cultura do homem, e não simplesmente como técnica formal expressa por normas impostas pelo legislativo, é o primeiro passo para interpretar o processo civil contemporâneo e os poderes instrutórios do juiz no Estado Constitucional, para então justificar uma postura mais ativa do juiz na instrução probatória.

3 O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA: O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA E EFETIVA

Quando se analisa qualquer instituto processual civil, vem a lume a necessidade de compreender o processo civil ao longo da sua história como uma manifestação da cultura, e para isso, a doutrina processualística divide a história em fases metodológicas, subdivididas em: sincrética, autônoma, instrumental e a atual fase denominada de formalismo-valorativo.

A presente pesquisa não se assenta em descrever em detalhes cada uma destas quatro fases metodológicas, mas sim evidenciar a importância de se estudar o processo civil e seus institutos a partir de seus resultados práticos, com os olhos voltados para o direito material e atento ao cumprimento das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, esta entendida como centro normativo, a partir da qual toda a ordem jurídica “deve ser lida e compreendida” (BARROSO, 2002: 63).

Dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição merece destaque o direito de acesso à justiça previsto no inciso XXXV do artigo 5º, o qual também é conhecido como direito de ação¹ ou princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional².

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF), garante, de forma ampla e genérica, o acesso à justiça – ao Poder Judiciário – a todos os indivíduos.

Todavia, apenas afirmar que o acesso à justiça é a todos garantido não se coaduna, com o atual modelo de Estado constitucional vivenciado pós 1988 (CARPES, 2010: 37), pois a grande preocupação da ciência processual contemporânea não está relacionada apenas ao acesso à ordem jurídica, mas à “eficiência da justiça, que se traduz, em última análise, na efetividade da tutela jurisdicional (DIAS, 2013: 27)”, como bem adverte Kazuo Watanabe:

(...) a problemática do acesso a Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988: 128).

Atento a esta necessidade de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, o clássico estudo realizado por Mauro Cappelletti e

¹ José Roberto dos Santos Bedaque pontua que o direito de ação é uma garantia constitucional de provocar a jurisdição, e, é concedida a todas as pessoas, sem qualquer nexos com o resultado da atividade jurisdicional. “A ação, como instituto processual, é direito que, exercido, provoca a função jurisdicional e faz com que ela atinja a sua finalidade” (BEDAQUE, 2013: 51-52).

² O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional é também nominado de princípio do livre acesso ao Judiciário, de princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou como bem assinalou Pontes de Miranda, princípio da ubiquidade da Justiça.

Bryant Garth (CAPPELLETTI e GARTH, 1988) corrobora para com essa compreensão. Os autores pretenderam compreender e delinear o surgimento e desenvolvimento de uma nova e compreensiva abordagem dos problemas de acesso à ordem jurídica justa.

Para isso, os autores observaram que o processo de “evolução” dos instrumentos e mecanismos criados para tentar solucionar o problema do acesso efetivo a ordem jurídica justa, especificamente nos países do Ocidente, foi sedimentado no que eles denominam de três ondas renovatórias, cada qual buscando a seu modo solucionar o mencionado problema.

Na primeira onda, que teve início no ano de 1965 nos Estados Unidos da América com os chamados *Office of Economic Opportunity* e depois se estendeu para grande parte dos países europeus, concentrou-se em proporcionar o acesso à justiça aos menos favorecidos economicamente. Esta primeira fase serviu de fundamento para a criação da defensoria pública e da garantia constitucional da assistência jurídica integral e gratuita no Brasil.

Já a segunda onda renovatória, complementando a primeira, desenvolveu mecanismos aptos a tutelar direitos até então deixados à margem do esquecimento, como, por exemplo, o direito do consumidor e o direito ambiental. Nesta segunda onda pode-se identificar as reformas tendentes a proporcionar a representação jurídica dos interesses difusos, especialmente nas áreas da proteção do meio ambiental e das relações consumeristas. Atualmente no direito brasileiro são exemplos da influência desta segunda onda renovatória, as ações coletivas e as ações populares que visam a tutelar direitos difusos e coletivos.

As duas primeiras ondas mencionadas acima tiveram grande importância, pois proporcionaram um aumento significativo ao acesso à justiça. Contudo, apenas buscaram encontrar “representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 67), como, por exemplo, os direitos individuais das pessoas pobres, e os direitos difusos e coletivos como o meio ambiente.

Diante disso, surgiu a terceira onda renovatória, de alcance muito mais amplo que as duas primeiras. Como explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth “ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 67-68). E, por sua maior abrangência, é denominada por seus precursores de “o enfoque do acesso à Justiça” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 68).

Esta terceira onda encoraja uma ampliação de reforma do direito processual, que na concepção dos autores pode ser de procedimento, de estrutura e criação de novos tribunais, bem como alterações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e, ainda, utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litigiosos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 67-73).

Dentre outras proposições criadas nesta terceira onda, observou-se que o maior trunfo desta fase é o enfoque de reconhecer a “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 70), pois conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso à justiça podem ser evidenciadas e diferentes soluções podem ser dadas. É o caso, por exemplo, da criação dos mecanismos voltados à tutela coletiva.

A partir dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, observou-se que o direito processual assumiu uma missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei, mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de um processo justo.

A partir da análise dessas três ondas renovatórias, pode-se concluir ser necessário verificar o papel e a importância dos diversos fatores envolvidos no ordenamento jurídico, dentre os quais se enquadra a prova judicial e os poderes instrutórios do juiz, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentar o problema do acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Afinal, se a concretização do acesso à justiça à luz do Estado Constitucional – aí incluídos os fins buscados com as três ondas renovatórias – exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada aos direitos fundamentais, é imperioso investigar o âmbito de atuação do juiz no que se refere à investigação dos fatos da causa, necessária a essa concretização.

4 A FUNÇÃO DO PROCESSO CIVIL: DA MODERNIDADE AO ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir da compreensão de que o processo civil é fruto da cultura de uma determinada sociedade em um dado momento histórico, e que atualmente a ciência processual contemporânea não está relacionada apenas ao acesso à ordem jurídica, mas à eficiência da justiça, que se traduz na efetividade da tutela jurisdicional, é necessário retornar ao passado, a fim de compreender a importância do poder

instrutórios do juiz na condução do processo e o seu papel desempenhado no atual modelo de Estado constitucional.

O resgate histórico proposto nesta parte da pesquisa restringe-se à constatação das diferenças existentes entre o modelo processual concebido na modernidade e o atual modelo Constitucional de processo civil.

O processo civil concebido na modernidade denota a ruptura com o modelo medieval³, e é marcado por importantes acontecimentos, como a Revolução Francesa, a cristalização da Escola da Exegese e o desenvolvimento do Estado liberal (CARPES, 2010: 26-31). Este período moderno foi altamente influenciado pelos ideais do Iluminismo e do Racionalismo, e sedimentou-se no positivismo jurídico de corte formalista, marcado pelo princípio da legalidade, no qual Estado e Direito se identificavam na lei, e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual “aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz” (CASTANHEIRA NEVES, 1985: 186).

Tendo em vista as implicações recíprocas entre processo civil e cultura (TARUFFO, 2009: 90), observa-se que o contexto cultural em que foi concebido o Estado liberal clássico na modernidade influenciou sobremaneira as ideias acerca do processo civil. A ideologia predominante nesta época era no sentido de que o processo civil fosse lugar no qual se manifestava a autonomia e liberdade das partes (autor

³ Modelo medieval que dominou principalmente entre os séculos XII a XV, o processo era influenciado pela lógica aristotélica, baseada na dialética, no qual os conflitos eram resolvidos mediante diálogo entre os sujeitos processuais, em um ambiente caracterizado pela isonomia entre as partes. A prova era tida como argumento de discussão, e sua valoração pressupunha o debate entre os sujeitos processuais, cabendo ao juiz à estruturação e ordenação do diálogo em torno da prova. Este modelo de processo de ordem medieval era tido como modelo argumentativo de prova. (CARPES, 2010: 29)

e réu). Estas deveriam ter à disposição de todos os instrumentos processuais necessários para desenvolver, por iniciativa própria, uma competição individual que se dava frente ao juiz, o qual fazia o papel de um verdadeiro árbitro, cuja função era somente assegurar o respeito das regras do embate (ESPINDOLA e SANTOS, 2014: 155).

No Estado liberal clássico buscava-se a previsibilidade do Direito por meio de uma lei geral e abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis, e especialmente a possibilidade de o juiz ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta as especificidades próprias e características de uma determinada situação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO 2015: 432).

Por estarem limitados à lei editada pelo legislador, aos juízes cabia apenas aplicar o enunciado da lei no caso concreto, sem qualquer juízo de valor (CARPES, 2010: 26-29). Nesse sentido é que se tornou célebre a frase de Montesquieu, de que o juiz seria *la bouche de la loi*⁴, ou seja, o juiz era apenas a boca que pronunciava as palavras da lei. Foi neste contexto cultural da modernidade que o processo civil passou a ser considerado como ciência autônoma em face do direito material,

⁴ “(...) a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, automáticos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala. Em todas as sentenças, o Juiz é obrigado a referir o artigo do Código ou da lei, ou do decreto real, sob o qual é fundamento a sentença: ele é somente a *bouche de la loi*. Esta foi a atitude dos revolucionários franceses, que temiam que os tribunais conservadores pudessem fazer o que os velhos Parlamentos tinham feito, coarctar o poder dos políticos que controlavam as assembleias representativas e em particular a Convenção (convention), que era uma combinação do parlamento e do governo. O único poder histórico que se sobrepôs ao conservadorismo do Banco de Magistrados foi o legislador. Daqui decorre o clube dos Nomophiles na Paris revolucionária e o seu recurso para restringir o poder dos juízes, e transformá-los em “*bouches de la loi*” mecânicos: daqui também decorre o édito de Napoleão contra os comentários aos seus Códigos. Esta atitude revolucionária e Napoleônica foi, como bem conhecemos, continuada pelos professores do século XIX da Ecole de l'exégese (Escola da Exegese) que não ensinavam a lei mas os Códigos” (CAENEGEM *apud* BARBAS HOMEM, 2007. p. 40).

distanciando-se da realidade social e limitando os poderes instrutórios do juiz.

Já no atual modelo Constitucional de processo civil, o processo não mais se caracteriza pela simples aplicação da lei ao caso concreto, mas sim a partir do dever estatal de proteger direitos. Isso porque, antes de aplicar a lei é imprescindível compreender o caso concreto e atribuir sentido e valor ao litígio, tendo em vista que a pretensão de uma lei geral e abstrata que abarque todas as possibilidades como queria o Direito processual moderno, é inviável, considerando-se o pluralismo e a complexidade das sociedades contemporâneas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015: 440).

Ainda, no processo civil do Estado constitucional a legalidade concebida na modernidade passa a ter outro sentido. A legalidade antes formal é substituída pela legalidade substancial, ou seja, à lei perde a sua posição de supremacia, passando a se subordinar aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça contidos na Constituição (MARINONI, 2012: 413).

Portanto, observa-se, que o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, deve mostrar-se mais ativo, pois, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais, dentre os quais se enquadra o direito à prova.

E é diante deste cenário que se procura evidenciar a importância do juiz ativo na instrução e valoração da prova no processo do Estado constitucional.

5 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

José Carlos Barbosa Moreira assevera que ao juiz incumbe precipuamente julgar: “Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua” (MOREIRA, 1994: 95), em outras palavras, “se é função do juiz julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos” (MOREIRA, 2011: 1101).

E para se conhecer bem os fatos, é necessária uma instrução probatória adequada, na qual a iniciativa probatória não fique simplesmente nas mãos das partes (autor e réu) ou que seja exclusiva do juiz, antes se realize em colaboração entre os sujeitos processuais (autor, réu e juiz)⁵.

Diante da constatação de que a iniciativa probatória no processo civil cabe a todos os envolvidos na relação processual (autor, réu e juiz), cumpre indagar: “Que papéis devem caber às partes e ao juiz na atividade instrutória?” Conforme os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 2011: 1079) observa-se que habitualmente tem-se distinguido duas visões opostas dessa problemática: uma que reserva aos litigantes a iniciativa de reunir e

⁵ José Roberto dos Santos Bedaque pontua que a iniciativa probatória pertence a todos que participam da relação processual: (...) às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis, a seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo (...) Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução de causa é uma das manifestações da ‘postura instrumentalista que envolve a ciência processual (BEDAQUE, 2013: 161).

apresentar as provas de suas alegações; e a outra que confere mais ativa função ao órgão judicial. Convencionou-se chamá-las, ao propósito, de modelo dispositivo e modelo inquisitivo⁶.

O modelo informado pelo princípio dispositivo, tradicional dos países anglo-saxônicos (*common law*) – adversarial system – deixa nas mãos das partes em litígio a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2011: 20). Humberto Theodoro Júnior pontua que no sistema dispositivo a abertura do processo, a determinação do seu conteúdo, sua impulsão e sua instrução probatória cabem às partes (autor e réu), ambas tendo a disponibilidade ampla do processo e do seu conteúdo (THEODORO JÚNIOR, 2009: 6).

Cumprе salientar que restringir a atuação probatória do estado-juiz, deixando aos litigantes a tarefa de reunir todas as provas do quanto alegado, não é uma opção exclusiva dos ordenamentos anglo-saxônicos. É, nitidamente, uma opção político-ideológica e cultural decorrente da prevalência de um ideário liberal e individualista, no qual o processo era equiparado ao um duelo entre as partes, as quais travavam o embate, sendo o Estado um mero fiscal das regras deste embate (processo).

Já o modelo informado pelo princípio inquisitivo, característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*) – o inquisitorial system – atribui aos juizes maiores poderes, cabendo-lhe

⁶ Hermano Devis Echandía destaca que a análise destes dois modelos torna-se indispensável para a correta compreensão da atividade probatória o processo: Esses sistemas são fundamentais para a regulamentação legal da questão probatória no processo, tanto civil quanto penal, e, portanto, para a configuração geral do procedimento, cujo aspecto mais importante são as provas, já que delas depende o êxito ou o fracasso de uma das partes (ECHANDÍA, 2002: 211).

uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial (DIDIER JR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2011: 20).

Todavia, José Carlos Barbosa Moreira critica este modelo, uma vez que com ele pretende-se imobilizar uma “realidade matizada e ondulante”, pois “nenhum ordenamento processual pode regular a instrução probatória em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das partes, quer do juiz: necessariamente se concede algum espaço àquelas e a este, e a respectiva dosagem varia até no interior de um mesmo sistema jurídico, ao longo do tempo, ou de acordo com a matéria”.

Esta crítica realizada por José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 2007: 66-67) é contemporânea, pois modelos de processo civil informados pelo princípio dispositivo estão cedendo frente aos anseios da necessidade de um juiz ativo na condução do processo, e do mesmo modo sistemas informados pelo princípio estão alterando a sua forma de pensar, a fim de restringir a atuação ativa do órgão jurisdicional. É o que o autor chama de “jogo de correntes e contracorrentes”, identificando aí sintomas de convergência das duas famílias tradicionais – *civil law* e *common law*. Afinal, cada vez mais vislumbra-se a tentativa de que “o processo de *civil law* e o processo de *common law* venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que se contrastam” (TARUFFO, *apud* DIDIER JR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2011: 21)⁷.

⁷ Freddie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira destacam que “seria um movimento dialético, em que *adversarial* e *inquisitorial systems* partem de concepções opostas, situadas em pontos extremos, deslocando-se, gradativamente, para um ponto central de convergência, de forma a estabelecer um equilíbrio maior entre os poderes das partes e do juiz” (DIDIER JR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2011: 22).

No ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no processo civil, nada obstante ainda se perceba, na doutrina e na jurisprudência, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado – resquícios históricos de uma visão privatista do processo civil – pode-se afirmar que atualmente, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo publicista, a tendência é a de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios. Segue-se a tendência de adoção do inquisitorial system, conferindo-se maior relevância à iniciativa probatória oficial ((DIDIER JR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2011: 22-23).

O artigo 370 do CPC consagra no ordenamento processual civil brasileiro, o dispositivo que dita a linha de conduta judicial de todo o sistema probatório. Neste dispositivo legal, observa-se claramente a característica do princípio inquisitório, e que pode ser observado sob duas perspectivas: (i) a possibilidade de o magistrado determinar de ofício ou a requerimento da parte a produção de provas necessárias à instrução do processo; (ii) e a possibilidade de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

6 OS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Quando se analisa a valoração da prova no processo civil, três critérios podem ser considerados: o critério legal; o critério da livre convicção; e o critério do livre convencimento motivado ou também nominado de persuasão racional.

O critério legal originário do Direito germânico (SANTOS, 1970: 341) estabelece parâmetros objetivos para a valoração da prova,

ou seja, neste critério a lei estabelece determinado peso e valor inalterável a cada tipo de prova produzida pela parte, “ficando o magistrado totalmente adstrito, engessado, vinculado ao valor previamente descrito na lei” (ZANETI, 2009: 46). Trata-se de critério historicamente superado que atribui a cada prova um valor fixo e imutável, não deixando qualquer margem de liberdade para apreciação do juiz (LOPES, 2007: 53).

Este critério não é compatível com o atual modelo de processo civil no Estado constitucional, uma vez que se vincula inexoravelmente ao texto da lei podendo, assim, ser fonte de injustiças. Além do mais, despreza a sensibilidade do juiz diante do caso concreto, reduzindo a sua cognição à exegese fria da lei. Todavia, ainda no Brasil podemos encontrar alguns resquícios deste critério legal em alguns dispositivos do Código de Processo Civil, como, por exemplo, o artigo 425.

Em sentido diametralmente oposto ao critério legal, está o critério da livre convicção de origem romana (SANTOS, 1970: 341), no qual se concede ampla liberdade ao juiz na valoração das provas produzidas pelas partes, podendo, inclusive, decidir contra a prova constante nos autos e com base em fatos não apresentados pelas partes, ofendendo, assim, os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Trata-se de um critério nitidamente arbitrário e subjetivo, que também se mostra incompatível com o modelo constitucional de processo civil, haja vista ser um critério que causa extrema insegurança, pois concede ao juiz o “poder de decidir segundo os seus próprios impulsos ou impressões pessoais”⁸, sem o dever de alinhar fundamentos

⁸ Segundo Paulo Rogério Zaneti (ZANETI, 2009: 46), talvez a única expressão deste critério dentro do ordenamento jurídico brasileiro seja o Tribunal do Júri, em que os jurados decidem

entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que assim decidiu recentemente:

(...) Em relação à alegada violação do art. 333 do CPC, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela necessidade de sua produção ou dispensá-la, se for o caso. Isso porque o art. 130 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o Magistrado fica habilitado a valorar, livremente, as provas trazidas a demanda.¹⁰

Observa-se neste critério uma maior aproximação com os valores constitucionais, bem como com o processo concebido no Estado constitucional, uma vez que ao conceder ao juiz ampla liberdade para valorar as provas e formular o seu convencimento desde que devidamente motivado, possibilita-se uma maior adequação da decisão ao direito material, garantindo assim o direito das partes.

Diante disso, seguindo a linha da processualística contemporânea, observa-se no Código de Processo Civil pátrio um conjunto “harmonioso de disposições que investem o juiz do dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos” (DINAMARCO, 2005: 54).

i) A genérica imposição do dever de assegurar a igualdade entre as partes nos termos do artigo 139, inciso I, para que se efetive a

¹⁰ STJ, AgInt no REsp 1208413/SC, 1ª T., j. 09.05.2017, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 17.05.2017.

garantia constitucional instituída no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

ii) A possibilidade de determinação, a requerimento ou de ofício, para realização de todas as provas necessárias para a instrução da causa, nos termos do artigo 370 do CPC.

iii) O poder de convocar a qualquer tempo e de ofício as partes para deporem sobre os fatos da causa, como disposto no artigo 139, VIII, do CPC.

iv) A autorização de inquirir testemunhas referidas, que são pessoas que os elementos de provas já realizados já indiquem serem conhecedoras dos fatos, conforme artigo 461, inciso I do CPC.

v) A possibilidade de mandar realizar nova perícia quando a primeira tiver sido insatisfatória, bem como inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa nos termos dos artigos 480 e 481 do CPC respectivamente.

As disposições contidas nesses artigos constituem importante abertura à mitigação das restrições impostas aos poderes instrutórios do juiz, pois esse deve ter amplo poder para formar o seu convencimento racional sobre a ocorrência ou não dos fatos relevantes para julgamento (artigo 371 do CPC), porque “permanecendo ele em estado de dúvida, é natural que se possa buscar satisfação mediante a realização de novas provas, ainda quando não requeridas” (DINAMARCO, 2005: 54), abrindo as portas do judiciário para um ativismo sadio¹¹.

¹¹ Nomenclatura utiliza por Cândido Rangel Dinamarco para demonstrar que a imparcialidade do juiz não resulta comprometida, quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. (DINAMARCO, 2005: 54).

7 DA IMPORTÂNCIA DE UM JUIZ ATIVO NA CONDUÇÃO DO PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Por vezes, o juiz se vê diante de dificuldades na valoração das provas, nas situações em que a prova juntada aos autos pelas partes não responde, com exatidão, às questões fáticas controvertidas da lide. Nessas situações, o livre convencimento motivado e a ampliação dos poderes instrutórios do juiz podem possibilitar o esclarecimento dos fatos, e a realização de um julgamento mais adequado aos fins do processo civil do Estado constitucional, que serve de instrumento por meio do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição.

Pode-se encontrar na jurisprudência diversas situações, nas quais as omissões probatórias das partes impõem aos juízes uma atuação mais ativa para o esclarecimento dos fatos controvertidos da lide, como, por exemplo, quando o magistrado se aperceber que a omissão da parte é fruto da insuficiência do patrocínio que está ao seu alcance, ou da sua condição socioeconômica¹².

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim se manifestou no julgamento de uma ação de reparação de danos decorrente de acidente de trânsito, na qual, o magistrado *a quo*, julgou improcedentes os pedidos do autor por ausência de provas. Todavia, em decorrência da inadequada representação processual do autor (realizada por assistente judiciário que não logrou êxito em produzir provas

¹² Sálvio de Figueiredo Teixeira destaca um papel mais ativo do juiz diante da prestação de tutela jurisdicional a direitos indisponíveis. Para o autor, “o juiz pode assumir a posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes (TEIXEIRA, 1992: 134).

indispensáveis ao deslinde da causa, circunstância que foi agravada pela inércia do Estado-juiz em exercer os poderes instrutórios), o Tribunal anulou o processo para viabilizar nova instrução probatória, por entender que houve manifesta violação da igualdade entre os litigantes, e do exercício pleno e efetivo da defesa do autor¹³.

No intuito de perseguir a solução mais adequada ao feito, e diante da deficiência no exercício do direito de defesa do autor, e a consequente desigualdade processual entre as partes, o Tribunal entendeu que a juíza “a quo” deveria ter determinado, de ofício, a produção de provas que entendesse necessárias, quando então, após a instrução, poderia concluir eventualmente pela improcedência do pedido, haja vista que não há nos autos o boletim de ocorrência do

¹³ (...) I - A igualdade entre litigantes assegurada a todos os jurisdicionados é princípio erigido à categoria de instituto constitucional que, por sua vez, transcende aspectos meramente formais, tendo como núcleo o acolhimento da cabal paridade jurídico-instrumental materializada pelo desenvolvimento igualitário no efetivo exercício do recíproco e amplo direito de defesa e contraditório. Fundando-se o princípio da igualdade em antiga máxima jurídica de conferição de "tratamento desigual aos desiguais", a regra infraconstitucional delineada no art. 125 inciso I do Código de Processo Civil há de ser interpretada sistemática e axiologicamente com os poderes instrutórios conferidos ao juiz (art. 130 do mesmo Diploma), de maneira a viabilizar a paridade de defesa de ambos os interesses, notadamente a produção probatória, donde exsurge a legitimidade de intervenção do Estado-juiz na busca da verdade real para o pleno conhecimento e composição da lide pendente, sob pena de romper-se o tão decantado equilíbrio processual. Destarte, o devido processo constitucional, entre outras garantias, confere aos jurisdicionados a igualdade de tratamento que, em suas inúmeras facetas, apresenta-se também na "paridade de armas" que haverá de ser observada para o bom desempenho do contraditório e da ampla defesa, em sede probatória e qualitativa, no que concerne a capacidade postulatória. Evidenciada a disparidade de armas, deve o julgador, a fim de preservar os princípios constitucionais da igualdade entre as partes e da ampla defesa, requerer, de ofício, a produção de provas que julgar necessárias ao deslinde do feito, com fulcro no art. 130 do Código Instrumental. Assim, verificando-se que a representação processual do autor, embora realizada por advogado detentor de capacidade postulatória, qualificado como assistente judiciário, realizou-se maneira deficiente em detrimento de seu constituinte, por omissão na tentativa de produzir provas indispensáveis ao deslinde da causa, circunstância que se agrava pela inércia do Estado-juiz em exercer os poderes instrutórios que lhe são conferidos no art. 130 do Código Instrumental Civil, evidente o prejuízo da parte que termina por sucumbir por não ter comprovado o fato constitutivo de seu direito, razão pela qual anula-se o processo para viabilizar-se a instrução probatória. (TJSC, Ap.2007.028202-9, 1ª Câmara de Direito Civil, Des. Joel Figueira Júnior, j. 09-08-2011).

acidente, nenhum laudo ou perícia técnica, fotografias do acidente e nem sequer foram ouvidas as testemunhas requeridas¹⁴.

Observa-se que a insuficiência probatória, resultante da desídia daquele que não se defendeu melhor porque não pôde, é capaz de produzir resultados distorcidos no processo. Assim, por expressa previsão Constitucional e infraconstitucional, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a paridade de armas que o princípio isonômico exige. Para este fim, e para a efetividade da garantia constitucional da ampla defesa, a intervenção do juiz na instrução probatória mostra-se de vital importância.

Outro exemplo que impõe uma atuação mais ativa do juiz no processo civil do Estado constitucional ocorre quando os fatos necessários para o julgamento da lide não estão devidamente esclarecidos. Nesta situação, cabe ao juiz determinar a realização de provas *ex officio*, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto¹⁵.

A prova de ofício, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “não se destina à descoberta da verdade, mas apenas a suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência de produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação do seu convencimento para

¹⁴ Michelle Taruffo, embora ressalve que adoção de uma concepção racional da decisão judicial não é pacífica, tratando-se de uma escolha valorativa, com caráter essencialmente ideológico, afirma que a escolha em favor de uma concepção mais racional pressupõe que o princípio do livre convencimento do juiz seja interpretado no sentido de que a discricionariedade na valoração da prova seja exercitada segundo critério que assegure o controle racional, o que implica a adoção de uma concepção epistêmica e não retórica da prova (TARUFFO-2007: 178).

¹⁵ Nessa mesma linha, Sérgio Cruz Arenhart destaca a “importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. É ele o destinatário final da prova porque é ele, enquanto representante do Estado-jurisdição, quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas” (ARENART, 2007: 8).

o julgamento do mérito”. Para ser corretamente justificada pelo juiz, essa atitude deve possibilitar às partes a possibilidade de levar em conta sua oportunidade, participar de sua produção e manifestar-se sobre o seu resultado. Em outras palavras, “a possibilidade de participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração de seus resultados)” (MARINONI, 2004: 2).

O juiz, portanto, tem o dever de esclarecer o fato, e só após julgar com base na regra do ônus da prova, pois o processo existe para o exercício da jurisdição, e se a jurisdição tem escopos que não se resumem à solução de conflitos das partes, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO-B, 2015: parte II, item 9.6¹⁶).

E nem poderia ser diferente, na medida em que a própria concepção de Processo à luz do Estado Constitucional não se coaduna com a prestação da tutela jurisdicional inadequada. O acesso à justiça, assim, será concretizado na medida em que o juiz, atuando de forma ativa na direção e instrução do processo, em conjunto com as partes, consiga alcançar um grau suficiente de convencimento, a fim de atender de forma efetiva o direito material objeto da lide¹⁷.

Assim, contemporaneamente o processo civil no Estado constitucional brasileiro, entendido como instrumento por meio do qual

¹⁶ Livro eletrônico, sem referência de páginas.

¹⁷ Como destaca Barbosa Moreira: “a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Esse desenvolvimento, projetado no plano processual, traduz o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes” (MOREIRA, 1985: 145).

a jurisdição tutela direitos e garantias na dimensão da Constituição, não se coaduna com a posição de um juiz inerte e distante das partes, sendo imperioso o atuar do magistrado na instrução probatória, podendo ele determinar de ofício a realização de novas provas tanto quanto forem necessárias e suficientes para o esclarecimento dos fatos e a formação do seu convencimento, sempre com vistas à efetivação do direito material.

Observa-se que o tema é polêmico e atual, haja vista que grande parte das questões postas à apreciação do Poder Judiciário versam sobre questões de fato e carecem de uma instrução probatória adequada que se realize em conjunto entre juízes e as partes, a fim de se conceder às decisões uma maior efetividade, adequando-se a prestação da tutela jurisdicional aos fins do Estado Democrático de Direito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se na presente pesquisa que a função do juiz é julgar, e julgar de acordo com os valores de justiça descritos na Constituição, aplicando as normas jurídicas aos fatos colocados para sua apreciação. E para bem aplicar as normas jurídicas aos fatos é imprescindível conhecê-los bem, o que se faz por meio da instrução probatória adequada. Além disso, verificou-se que a atuação ativa do juiz na fase instrutória do processo civil é justificada pela necessidade de uma prestação de tutela efetiva pelo Estado-juiz, que viabilize o atendimento dos ideais do processo, decorrentes do seu enquadramento enquanto instrumento do direito material.

É neste contexto de efetividade da tutela jurisdicional que fica evidente a importância dos poderes instrutórios do juiz e a consequente valoração da prova. Isso porque, se a tutela efetiva é aquela apta a propiciar ao titular do direito a situação mais próxima possível da que decorreria naturalmente da observância da norma material e no menor tempo possível, é indispensável à reconstrução tão correta quanto possível dos fatos sobre os quais incidirá a decisão judicial, o que se dá por meio da atividade probatória.

E para bem exercer este papel não pode o juiz postar-se como simples *convidado de pedra*, mas sim assumir a direção e a instrução do processo de maneira ativa. Surge, assim, a figura do *diretor material do processo*, que exerce um poder de estímulo e de intervenção, com o escopo de assegurar a igualdade substancial das partes e a prestação jurisdicional qualificada¹⁸.

Por vezes, a aplicação tradicional e estática do ônus probatório descrita do artigo 373 do Código de Processo Civil não satisfaz aos ideais do Estado Constitucional, na medida em que representa solução a ser adotada quando há dúvidas quanto aos fatos alegados pelas partes. Daí porque se justifica uma atuação mais ativa do juiz na determinação, inclusive de ofício, das provas no Processo Civil, possibilitando-se, assim, o cumprimento de seu papel, enquanto instrumento do direito material, e possibilitando o pleno atendimento à garantia do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

¹⁸ Os termos descritas em *Itálico* são de autoria de João Batista Lopes (LOPES, 2011).

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil.** Disponível em: <
http://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL> Acesso em 29.04.2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** Revista do Ministério Público, n 46, jan./mar. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os poderes instrutórios do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabres, 1988.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** Coimbra: Coimbra, 1995.

DIAS, Roberta Benito. **Contribuição do juiz e das partes na instrução probatória.** (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Jus PODIVM, 2011.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5ª ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; SANTOS, Igor Raatz dos. **O processo civil no estado democrático de direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial**. Revista NEJ – NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS. v. 19, n. 1 (2014). Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>> Acesso em: 14.07.2014

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC. Doutrinas essenciais de Processo Civil. vol. 4. p. 1123. Out. 2011. DTR\1995\258

MARINONI, Luiz Guilherme. **A questão do convencimento judicial**. Disponível em: <http://www.rabello.pro.br/wp-content/uploads/2009/08/marinoni_convencimento.pdf> Acesso em 24.04.2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Novo Curso de Processo Civil: **teoria do processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As bases do direito processual civil**, in Temas de Direito Processual Civil, 1ª série, p. 11.

_____. **“Correntes e contracorrentes no processo civil”**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 1. p. 1079. Out. 2011

_____. **O juiz e a prova**. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 4. p. 1101. Out. 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo, n. 137. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. **Processo civil brasileiro: prova; princípio da verdade real; poderes do juiz; ônus da prova**. In: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. La prueba: homenaje ao maestro Hernando Devis Echandía. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, 2002.

_____. **O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real> > Acesso em:06.08.2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no civil e no comercial**. Vol.1. 4ªed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

TARUFFO, Michele. **Considerazioni su prova e motivazione.** in Revista de Processo, v. 151, set./2007.

_____. **Cultura e processo. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.** Milano, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O aprimoramento do Processo Civil como pressuposto de uma Justiça melhor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZANETI, Paulo Rogério. **O ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (A teoria da carga dinâmica da prova).** (Dissertação de Mestrado). – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

*Hebert França de Santana**

RESUMO: O presente artigo assenta-se em uma discussão a respeito do direito à educação enquanto direito social, sendo necessário, nessa esteira, concebê-lo em uma dimensão prestacional. Tendo como base a teoria amplamente difundida dos Direitos Fundamentais e segundo os princípios elencados na Magna Carta Brasileira de 1988, principalmente o da dignidade da pessoa humana, defende-se que a educação, enquanto direito fundamental que é, e visando ao reconhecimento de sua defesa individual e/ou coletiva, o regime jurídico de direito público subjetivo deve ser previsto para todos os níveis educacionais. As evidências encontradas pelo estudo, baseado em um protocolo metodológico revisional de literatura, recomendam ações estatais que visem a consagração do direito fundamental social à educação e, por outro lado, cabe aos sujeitos exercerem a prerrogativa de seu direito público subjetivo à educação, para demandar que o Estado vincule-se às suas obrigações legais e constitucionais.

Palavras-chave: Direito à educação; Dignidade da Pessoa Humana; Direito público subjetivo.

ABSTRACT: Education is the condition for the enjoyment of other rights, in that it consists in a Human Right unexpendable to the exercise of citizenship. Through that perspective, this article settles on a

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

discussion concerning the right to education as a social right, being necessary, on that path, to conceive it in a dimensão prestacional. Basing on the widely spread theory of the Fundamental Rights and according to the principles described in the Brazilian Constitution of 1988, especially the human dignity, it stands that education, as the fundamental right it is, and aiming at the recognition of its individual and/or collective defense, the legal regimen of public subjective right should be provided to all educational levels. The evidence found by the study, based on a reviewing methodological protocol of literature allow us to consider being recommended state actions that aim to guarantee the fundamental social right to education and, on the other hand, that it is for individuals to exercize the prerogative of their public subjective right to education, to demand that the state link up to their legal and constitutional obligations.

Keywords: Right to Education; Human Dignity; Right subjective public.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 Pressupostos históricos-constitucionais do direito à educação; 3 A educação como linguagem jurídica: o direito público subjetivo juseducacional; 4 Em busca da efetividade do direito à educação: a teoria geral dos direitos fundamentais sociais como suporte necessário; 5 Conclusão; 6 Referência

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação é um direito da personalidade¹ necessário para a fruição de outros direitos, na medida em que proporciona ao indivíduo, envolvido em seu processo, condições para que participe das relações sociais posicionando-se criticamente diante das vivências da realidade social. A educação, direito difuso de segunda dimensão², enquanto verdadeira prática emancipatória, visa uma sociedade livre, justa, solidária e inclusiva.

Calcado em linhas semelhantes de argumentação, a Constituição da República Brasileira vigente consagra o direito à educação como direito fundamental, expressamente no artigo 6º, o que confere a ela os atributos de eficácia e efetividade limitando, por consequência, a atuação discricionária do Poder Público. Essa limitação subsiste em virtude da necessidade de prestações, por parte do Estado, de garantias na concretização da justiça social.

Muito embora a inexistência, na Constituição Federal, de expressa menção ao direito público subjetivo³ a todos os níveis de

¹ Considera-se a educação um direito da personalidade em virtude de compor, juntamente com a vida, a intimidade, a honra, entre outros, a esfera extrapatrimonial do indivíduo e suas projeções sociais.

² A educação entendida como direito difuso de segunda dimensão se perfaz no entendimento segundo a qual o Estado deve ser concebido como um intermediador necessário para a consagração de direitos historicamente negligenciados, demandando, portanto, ações no que tange à realização da justiça social. Os direitos de segunda dimensão, entre eles a educação, “(...) caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (...)” (SARLET, 2012, p. 47).

³ Nesse artigo não se terá como base a concepção de Alexy segundo a qual é aconselhável conceber os direitos subjetivos como posições e relações jurídicas. “(...) falar em posições é necessário a partir de um determinado ponto de vista: a partir da perspectiva que se interessa pelas *características normativas* de pessoas e ações e pelas *relações normativas* entre pessoas e ações. Normas podem ser consideradas, de forma bastante geral, como qualificações de pessoas ou ações. (...)” (ALEXY, 2008, p. 185)

educação formal, é recomendável a interpretação extensiva para abarcar todo o processo educativo do indivíduo. O fundamento se modula na ideia de que não se consagra uma sociedade justa, livre, solidária e inclusiva somente na hipótese dos cidadãos exercerem suas pretensões frente ao Estado no ensino fundamental. O direito público subjetivo condiciona o indivíduo a demandar o judiciário diante da omissão do Estado no exercício de seu *mínus* público.

A educação, enquanto obrigatoriedade da família, do Estado e da Sociedade, remete à concretização da dignidade humana do sujeito envolvido nesse processo, sendo necessário, portanto, que se atraia e inclua todos os indivíduos nos ambientes de educação formal. Ademais, a educação não se resume ao cumprimento do Estado em oferecer tão somente formas adequadas de ingresso, mas proporcionar, também, condições ideais de permanência.

A proposta do presente trabalho, portanto, visa discutir, limitadamente, o direito fundamental social à educação enquanto dimensão estruturante da dignidade da pessoa humana e que permite a intervenção dos cidadãos na concretização de seu processo educativo.

Por essa razão, o trabalho estrutura-se em três seções. No primeiro capítulo pretende-se discutir, sucintamente, o direito à educação em sua perspectiva histórico-constitucional no plano nacional, aludindo, as continuidades e rupturas que as cartas constitucionais positivaram até, como ressalta Sarlet (2013, p. 605), “o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição Federal”. Posteriormente, traça-se premissas gerais sobre a subjetividade do direito à educação. No segundo capítulo emana-se

uma posição crítica do direito à educação face à teoria geral dos direitos fundamentais elucidando seus aspectos principais.

2 PRESSUPOSTOS HISTÓRICOS-CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A importância da educação em um contexto democrático revela-se fundamental diante do processo de humanização e da própria consciência humana. A época moderna assinala um importante período histórico para a consolidação do direito à educação como direito de todos e dever do ente estatal, mais especificamente com o despontar da sociedade burguesa, filosofia racionalista e o individualismo que marca o Estado Nacional. (HORTA, 1988)

No Brasil, o assunto educação é matéria de aprofundado relevo tendo em vista que a educação escolar é uma dimensão estruturante da cidadania e base para atuações política-decisórias nos espaços sociais, econômicos, políticos e culturais. É difícil o reconhecimento, nesse sentido, de algum Estado que não reconheça o direito à educação como essencial à pessoa humana.

(...) não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade — primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. (BOBBIO, 1992, p.75)

Conceituar direito a educação não se afigura fácil, em virtude da interdisciplinaridade que marca o seu estudo e da ampla margem de desdobramento que pode relacionar o seu campo com outras questões. O Direito Educacional é sistematizado por um conjunto de princípios,

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

normas, leis e regulamentos que envolvem relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, sujeitos envolvidos no processo ensino-aprendizagem. Castro (2008).

Nesse quadro, a importância do direito à educação é de tal maneira que agrega significado e valor à vida de todas as pessoas, sem quaisquer discriminação. A educação relaciona-se com a concretização de outros direitos tais como saúde, liberdade, segurança, bem-estar econômico e participação em atividades sociais e políticas. A educação, nessa linha, proporciona a eliminação da linha que divide direitos civis e políticos e apaga a divisão entre direitos econômicos, sociais e culturais (WERTHEIN, 2006).

Na visão de Flach (1993), o estudo do direito a educação envolve uma síntese sócio-histórica dos indivíduos, sujeitos estes envolvidos por fatos sociais. Nessa perspectiva, quando se pensa o direito à educação inquestionavelmente remete-se à importância dessa relação para todos os sujeitos envolvidos no seio social. O direito à educação no Brasil demonstra-se, atualmente, como o resultado de múltiplas influências que sofreu ao longo de sua elaboração. Conforme destaca Nelson Joaquim (2009), para que se realize o processo de conhecimento, entendimento e aplicação do Direito Educacional é necessário que se percorra a história da legislação educacional brasileira, até os nossos dias. A história do Direito Educacional brasileiro se perfaz na própria história da educação, o que compreende a análise das constituições, políticas e legislações educacionais.

Dessa forma, uma análise constitucional permite afirmar que a outorga da Carta Constitucional de 1824 institui, no plano constitucional brasileiro, importantes considerações a respeito do

direito à educação. Previa-se, mesmo que de forma tímida, na referida carta, tal direito através de dispositivos como o art. 179, alíneas XXXII. “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” e XXXIII. “Colégios, e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-letas e artes.”(BRASIL, 1824)

Segundo ensinamentos de Nelson Joaquim (2009) durante a primeira república (1889/1893) a área educacional obteve avanços limitados. Tem-se que a Constituição de 1891, marcadamente inspirada pelo viés constitucional norte-americano, atribui competência ao Congresso nacional, em caráter privativo, para legislar sobre o ensino superior na Capital, e, não privativamente, mas cumulativamente, criar instituições que possibilitassem o ensino superior e secundário nos Estados (BRASIL, 1981).

A análise da Constituição de 1934 permite elucidar que esta inova na história constitucional brasileira, no que se refere a educação, tendo reconhecido esse direito como direito social. Assim, preceitua seu artigo 149 da referida Constituição: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos” (BRASIL, 1934). Nota-se, dessa maneira, que decorre desse dispositivo a ideia atual segundo a qual deve compreender a educação como um conglomerado de iniciativas o que perpassa não só a propositura de ações estatais, mas da sociedade civil como um todo estando incluso o dever do núcleo familiar incentivar/fomentar a educação de seus membros. Nesta constituição, há que se referenciar o surgimento de temas de importância fundamental como

[...] Plano nacional de educação, obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, organização dos sistemas educacionais, ensino religioso, liberdade de cátedra e vinculação de recurso. Tratou

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

também do Conselho Nacional de Ensino, substituído pelo Conselho Nacional de Educação, como órgão consultivo do Ministério da Educação e foram criados os Conselhos Estaduais de Educação (VIANA, 2010, p.16).

Com o advento do período conhecido como Estado Novo, marcadamente autoritarista e unitarista, que se releva por um marco constitucional pretensamente democrático, o direito a educação é tido como dever inicial dos pais. Cabe ao “Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”. (BRASIL, 1937)

Estando o direito à educação pautado na Constituição Federal e como um dos princípios máximos da sociedade, ocorre uma considerável expansão de escolas a fim de atender a população que necessitava do ensino gratuito. O estímulo a educação é realizado a partir de diversas benesses proporcionadas pelo governo, tanto das escolas de ensino primário como também das de ensino secundário (VIANA, 2010).

A Constituição de 1946, caracterizada por ser uma carta de redemocratização da nação, pós-queda da ditadura Vargasista, propõe um ensino como direito de todos devendo ser ministrado no lar e na escola. A referida constituição atribui que o ensino deve pautar-se em princípios essenciais ao indivíduo como a liberdade e solidariedade humana. Considerando os textos constitucionais anteriores, o tratamento dado à matéria da educação na Constituição Federal de 1946 revela que não houve maiores inovações, pois seus preceitos relacionados ao tema em exame retomam os elencados no carta

constitucional imediatamente antecedente. Contudo, há menção no texto no seu art. 5º, XV, “d” a atribuição à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Decorre daí as vindouras discussões sobre as temáticas vinculadas pela Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional.

Infelizmente o regime autoritário instalado no país, em 1964, com o golpe militar, e deposição do presidente constitucional João Goulart, freou os avanços dos movimentos de educação e conquista popular, durante vinte anos de ditadura. Numerosas escolas foram invadidas pela polícia, muitos professores e estudantes foram presos e exilados, agentes dos órgãos de informações do governo, sob o controle do Serviço Nacional de Informação (SNI) passaram a observar todas as escolas (VIANA, 2010, p.19).

Observa-se que a constituição promulgada no ano 1967 também não inova no direito à educação. Há, na verdade, uma erosão da supremacia constitucional em virtude do fato dos Atos Institucionais ocuparem maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro quando comparado à constituição. A educação, diante desse cenário, retrocede.

[...] no dia 13 de dezembro de 1968, o país foi submetido ao Ato Institucional nº 5, que deu poderes ao Presidente da República para atropelar a organização e os direitos políticos. Na educação, o Decreto nº 477, de 26 de fevereiro de 1969, a que foram submetidos os estudantes, professores e funcionários se assemelhou aquele Ato. O governo militar procedeu, ainda, a Reforma Universitária, através da Lei nº 5.540, de 28 de

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

novembro de 1968, 15 dias antes do Ato Institucional nº 5, que serviu para neutralizar a luta dos estudantes por mais vagas nas escolas públicas. O conjunto, assim definido, significou o retrocesso da educação brasileira (VIANA, 2010, p.21)

Nesse percurso histórico constitucional, a redemocratização pós-ditadura originou uma carta constitucional marcadamente inovadora na história do Brasil. Detalhista e social a nova carta magna de 1988 consolidou diversos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. O direito à educação é previsto nessa constituição cidadã exaustivamente na seção I, no capítulo III. Parte-se do princípio de que a educação é direito que compete a todos sendo estritamente um dever estatal e familiar, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Tal preceito, vale ressaltar, tem origem nas audiências públicas realizadas em sede de elaboração da vigente carta constitucional, ao analisar a educação, como princípio fundamental que deve fundar um Estado Democrático de Direito, “(...) como conteúdo constitucional por excelência, como dever do Estado para com os cidadãos.” (BRASIL, 2009, p. 551). Nessas audiências, a participação da sociedade civil, representada pelas diversas entidades de classe, corroboraram no sentido de definir uma postura intervencionista do Estado na consagração do acesso à educação sem distinção de qualquer maneira, sendo, portanto, um conteúdo, que por excelência, precisaria de ampla previsão na nova Constituição.

3 A EDUCAÇÃO COMO LINGUAGEM JURÍDICA: O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO JUSEDUCACIONAL.

A análise histórico-constitucional brasileira permite inferir que foi somente a partir da presente constituição que explicitamente o Direito à Educação foi posto minuciosamente, tendo em vista que não houve simplesmente a previsão desse direito, mas elencou-se formas de efetivá-lo em um verdadeiro *modus operandi* para concretizá-lo. Direito à educação solidifica-se como um direito público subjetivo⁴.

A ideia de direito subjetivo foi objeto de diversas teorias que propunha estruturas e conteúdos próprios. Destaca-se, entre elas, a teoria da vontade, interesse, garantia e ecléticas⁵. Eduardo Spínola e Eduardo Espínola Filho argumentam que o sentido de direito subjetivo é oriundo do próprio caráter objetivo da norma. Tal afirmação decorre do fato de que é reflexo do direito subjetivo agir de acordo com os parâmetros normativos. Os referidos autores propõem uma definição de direito subjetivo como sendo

[...] uma relação, que, na sociedade juridicamente organizada, se estabelece, por um acontecimento de ordem natural, ou por um ato humano

⁴ Meireles (2005, p. 233 -234) expõe que os conceitos de direito subjetivo público e de direito público subjetivo não são similares, apesar da doutrina utilizarem de forma indistinta. Para a autora, “o termo direito subjetivo público se presta a designar os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal; já o direito público subjetivo, é o direito outorgado pelo ordenamento jurídico ao Estado nas suas relações de ordem pública”. Contudo, reconhece a doutrinadora que tais expressões perderam “a sua funcionalidade histórica que foi a de demarcar um terreno onde o indivíduo tivesse uma área de liberdade na qual o Estado não pudesse penetrar”.

⁵ Em virtude da limitação do presente trabalho, tais teorias não serão objeto de acurada análise. Recomenda-se a leitura da dissertação de Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento Meireles intitulada: As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo, apresentada à faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

voluntário, lícito ou ilícito, entre o sujeito (pessoa natural ou jurídica) e um bem da vida (objeto, sem ou com interferência de uma pessoa obrigada, e da qual, por força do reconhecimento da ordem jurídica, resulta, para o sujeito, o poder de, por si ou representado, tirar, no interesse próprio, de outrem, ou coletivo, toda a utilidade, de disposição de que é susceptível o mesmo bem, ficando, outrossim, à exclusiva disposição de tal sujeito movimentar a ação coercitiva do direito objetivo, para obter o cumprimento da obrigação assumida pelo sujeito passivo, quando seja o caso disso, e o respeito integral por parte de quem quer que seja. (SPÍNOLA, SPÍNOLA FILHO, 1941, p. 573)

Miguel Reale (1988, p. 258) conceitua o direito público subjetivo como: “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

Meireles (2005), adverte que o direito subjetivo pode ser utilizado como ferramenta jurídica, sendo, por consequência, um desdobramento lógico das relações que são estabelecidas no meio social que encontram-se em constante movimento. Para a autora, ao ser vislumbrado sob diversas perspectivas, o direito subjetivo pode ser analisado a partir de duas situações em que se encontra o sujeito: a posição do sujeito diante do seu próprio direito e nas relações intersubjetivas. Dessa maneira, na primeira situação, o direito subjetivo é conceituado a partir de um “conjunto de faculdades reconhecidas pela ordem jurídica para que o sujeito pratique atos jurídicos” (MEIRELES, 2005, p. 212 - 213), por outro lado, sob o prisma da intersubjetividade, o direito subjetivo é definido como a

(...) situação jurídica em que se encontra um sujeito a quem é devida uma prestação por outro. Prestação, aqui, há de ser entendida como uma conduta humana, qualquer que seja ela, de dar, fazer ou não fazer (MEIRELES, 2005, p. 213)

Na Constituição Federal brasileira a educação, enquanto direito público subjetivo, encontra-se elencando no art. 208 § 1º. Necessário ressaltar que na Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seu art. 5º §§ 3º, 4º e 5º e no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54 §§1º, 2º e 3º, há expressa referência também a educação como direito público subjetivo. Dessa maneira, há extensa garantia de que a educação é direito de todos e o Estado não pode esquivar-se de proporcioná-la e quando assim age, não cumprindo com suas competências constitucionais e legais, seja não ofertando vagas, ou as ofertando mais de forma inadequada, os que sentirem-se lesados devem recorrer o Ministério Público que é o órgão responsável pela garantia do direito subjetivo à educação.

Nessa perspectiva, a omissão do poder público em propiciar uma educação pública e de qualidade não pode encontrar respaldo na também omissão crítica e atuante da sociedade civil. Dessa maneira, há de se observar que não basta a positivação do direito à educação, é necessário ações que assegurem um ensino de qualidade orientado a uma aprendizagem eficiente. Acesso, permanência, desenvolvimento e aprimoramento do conhecimento são elementos constitutivos do processo educativo sendo, portanto, a educação direito de todos, sem qualquer distinção. Essa premissa encontra respaldo histórico quando já nos Comentários à Constituição Brasileira de 1946 Pontes de Miranda aludia que:

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra “A educação é direito de todos” lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos “os Espanhóis seriam” desde aquele momento, “buenos”. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas, portanto se há direito público subjetivo à educação e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir com artigos de Constituição e de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos. (PONTES DE MIRANDA, 1953, p.325)

Como prática socializante que é a educação na visão de Libaneo, Oliveira e Toschi (2011) assume diferentes modalidades, na qual uma delas é a educação formal. Esta caracteriza-se por ser institucional e intencional, na qual o Estado atua diretamente para proporcioná-la, mas que não ocorre apenas na escola, mas também em locais em que se é possível identificar uma educação intencional, estruturada organizada e sistematizada.

O Art. 208, §1º, da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo esta nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma

jurídica constitucional cogente (CRETILLA, 1993, p. 4418).

Falar em educação como direito subjetivo do indivíduo é considerar, portanto, que instituições de ensino, enquanto educação formal, devem ser plenamente acessíveis aos indivíduos. Parte-se do pressuposto que a prática educativa deve ser proporcionada a todos aqueles que solicitam do Estado o exercício do direito fundamental social à educação. Por consequência, vincula o ente público a obrigação de dispor de escolas em número adequado, bem como sujeitos que ministrem os conteúdos, serviços anexos de qualidade, métodos e técnicas coerentes com o desenvolvimento do ensino-aprendizagem.

A assunção da educação como direito público subjetivo amplia a dimensão democrática da educação [...] e traz um instrumento jurídico institucional capaz de transformar este direito num caminho real de efetivação de uma democracia educacional (CURY, BAIA HORTA, FÁVERO, 2001, p. 26).

O direito à educação envolve uma gama de iniciativas e concretizações de ações o que não é suficiente simplesmente propiciar acesso, “criar depósitos de alunos”. Faz-se necessário a presença de escola que se destaque pela sua qualidade cujos métodos orientam o aluno a ocupar o centro do conhecimento buscando formar cidadãos críticos e atuantes para atuarem no seio social. Reconhece-se que esse processo só será plenamente concretizado a partir do amplo acesso ao ensino. Dessa maneira, mudanças sociais verdadeiras só serão efetivamente alcançadas a partir da concretização do que constam na legislação no tocante a necessidade e a supremacia da universalização da educação. (KRUG, 2010)

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

Sendo assim, é imprescindível o reconhecimento do direito à educação como simultaneamente obrigatório e gratuito. Dessa forma, o direito à educação é o alicerce para o crescimento de uma sociedade mais justa e humana. Sua essência está na necessidade de todos terem o acesso ao ensino formal, devendo este ser proporcionado de maneira gratuita e obrigatória. (KRUG, p. 28)

É necessário pontuar que o Estado vincula-se obrigatoriamente à promoção do direito à educação e, cumulativamente, a família, enquanto núcleo que proporciona a gênese do desenvolvimento do indivíduo, tem também obrigação de estimular a educação formal, na medida em que a escola é direito público subjetivo de todo ser humano.

Na qualidade de direito público subjetivo, o direito à educação permite sua concretização através de amplo aparato jurídico elencados nas legislações existentes, entre eles a ação popular, ação civil pública, o mandato de segurança coletivo e o mandato de injunção. Nessa esteira, pode-se considerar o direito fundamental à educação como direitos públicos subjetivos já que “podem ser opostos contra o Estado, exigindo deste determinados comportamentos, embora aí não se esgotem, eis que atingem, igualmente, a esfera dos indivíduos, (...)” (MEIRELES, 2008, p. 186). Esse respaldo jurídico precisa estar acompanhado de iniciativas dos poderes públicos para que de fato possa se dar o efetivo direito à educação.

**4 EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO:
A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS COMO SUPORTE NECESSÁRIO**

O advento do constitucionalismo social rompeu com o Estado Liberal de Direito e introduziu uma nova ordem paradigmática. O “novo direito constitucional” baseia-se, sobretudo, na promoção de um Estado de bem estar social e na justiça social. Nesse cenário, o constitucionalismo advindo pós segunda guerra mundial, possibilitou que constituições do século XX assegurassem diversos direitos caracterizados, sobretudo, pela busca de igualdade material. Dessa forma, o reconhecimento da força normativa da constituição e substantivação e materialização de direitos sociais, são expressões do referido constitucionalismo que transformam profundamente a ordem constitucional mundial acarretando direitos que busquem a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana⁶ tido como princípio maior que regem as relações humanas.

O discurso em torno do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura necessária para entender a essencialidade da educação e sua relação com o sistema jurídico, na medida em que tal princípio condiciona a interpretação do ordenamento jurídico a partir de uma unidade de sentido⁷.

(...) o expresse reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de

⁶ Sarlet (2001, p. 60) define a dignidade da pessoa humana como: “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

⁷ Na visão de Sarlet (2001, p.79), pode-se considerar uma das funções primordiais da dignidade humana o fato de conferir “unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional”.

transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. (...) a dignidade da pessoa humana fornece, portanto, ao intérprete uma pauta valorativa essencial à correta aplicação da norma (...). (Martins, 2003, p. 63)

O direito à educação, nessa nuance, é projetado para realizações existenciais harmonizando-se com os diversos outros direitos que são assegurados aos indivíduos. É bem verdade que, pela sua extrema importância que adere a vida humana em sociedade, a educação preserva e promove a dignidade humana. O legislador, ao assegurar no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, que a educação deve propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho estabelece, invariavelmente, objetivos que associa a educação à concretização da dignidade da pessoa humana. Essa conclusão pode ser exposta, quando se considera que o desenvolvimento da pessoa, a cidadania e o trabalho são fatores condicionantes para a autonomia do indivíduo o que desemboca no processo de tomada de decisões na sociedade, inclusive, para a efetivação de outros direitos.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana não deve ser entendida apenas como uma expressão que remete à ideia de autonomia da pessoa humana associada a autodeterminação no processo de escolha de posições que são fundamentais à existência, mas, também, deve-se

ter em mente que esta coaduna para prestações estatais positivas primordialmente quando não se faz presente o processo de determinação dos indivíduos na seara coletiva. (SOARES, 2016)

Decerto, o direito à educação, autêntico direito social de cunho prestacional, coaduna com a criação de pressupostos materiais com fins de possibilitar a tutela humana garantindo uma existência digna. Esse pressuposto lógico é necessário para a concretização das finalidades do mencionado artigo 205 da Constituição Federal.

Canotilho (2003) assevera que a concepção que se tem de dignidade da pessoa humana associada ao livre desenvolvimento da personalidade está relacionada com políticas que tencionem a realização de direitos sociais que, conseqüentemente, geram um estado de bem-estar material, de educação e de aprendizagem. Com efeito, adverte o autor (2003, p. 476) que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos ‘direitos subjectivos’ inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justificabilidade e exequibilidade imediatas”. Pode-se dizer, por isso mesmo, que o direito à educação, com base no constitucionalismo contemporâneo, requer uma postura de terceiros e do Estado tendente a não agredir o âmbito de proteção desse direito.

Impende considerar, portanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio norteador dos modernos estados constitucionais de direito, requer que, para sua efetivação, sejam concretizados diversos direitos. Nesse sentido, destaca-se o direito à educação como forma promissora de garantia de uma vida digna, na qual o indivíduo não apenas subsista, mas que tenha possibilidades de alcance de valores da cidadania, trabalho e inserção política, social e

cultural⁸. A constitucionalização da educação revela ser este um direito fundamental que permite a emancipação do sujeito.

A efetividade do direito humano à educação de qualidade e para todos é o caminho para promover o valor da dignidade da pessoa humana e garantir maior igualdade, liberdade, justiça e paz social, pois a educação permeia os campos da ética, da cultura, da filosofia, da religião, da sociologia e do direito na transmissão de valores humanos (GOMES, 2009, p. 51).

O direito à educação constitui-se em direito vital para a sociedade na medida em que é essencial para a fruição de outros direitos e garantias dos indivíduos que são destinatários de todas as ações propostas pelas instituições no âmbito estatal. A educação institucionalizada é mola propulsora que permite ao sujeito participar ativamente da sociedade. (SALGADO, 2012)

Convém destacar, de já, que a análise histórica dos direitos fundamentais permite concluir que, desde o seu nascedouro, tais direitos figuram como limitadores do atuar estatal. Decorre desse preceito a ideia segundo a qual o Estado, além de obrigado a não os violar, tem, ainda, como missão, fazê-lo respeitar entre os particulares.

⁸Segundo preleciona Sarlet (2012), não se deve reduzir a própria noção de mínimo existencial e de dignidade da pessoa humana a garantia de condições que permitam a sobrevivência corpórea (o que seria reduzir o mínimo existencial a ideia de vitalidade). Deve-se considerar, entretanto, segundo o autor, a existência de um mínimo existencial sociocultural o que permite incluir a educação e, dentro de certos limites, o próprio acesso aos bens de cunho cultural.

Tal concepção remota à noção de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

A história dos direitos fundamentais indica que sua principal finalidade foi a de limitar o poder do Estado a favor dos indivíduos a este submetidos. Essa finalidade continua sendo primordial. O destinatário da norma principal do dever de respeitar o direito dos indivíduos é o Estado no sentido mais amplo do termo, isto é, toda e qualquer autoridade ou órgão que exerça competências estatais [...].

Assim sendo, [...] os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desrespeitará os direitos dos indivíduos. Isto constitui o *efeito vertical* dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 102-103).

O direito à educação, enquanto direito fundamental vincula imediatamente o Estado que não deve protegê-lo deficientemente haja vista que a tutela emanada deve ser adequada e eficaz, já que, além disso, o presente direito também carrega consigo seu caráter destacadamente social. Conforme Bobbio (1992), os direitos sociais⁹

⁹ “[...] o direito de acesso ao ensino [...] é típico direito social, que depende da consecução de inúmeras prestações a serem cumpridas pelo Estado para que seja garantida a sua efetividade. O

tornaram-se muito mais numerosos à medida que a sociedade foi se transformando mais rápida e aprofundadamente. Contudo, na linha do pensamento de Horta (1998, p. 6), o direito social à educação, malgrado a sua importância, teve sua incorporação com considerável atraso ao seletivo grupo dos direitos humanos, além do fato de que tal inserção deu-se de fora “lenta, ambíguo e contraditória”. “Assim, a inclusão do direito à educação entre os direitos sociais se apresenta ao mesmo tempo como uma conquista e um concessão, um direito e uma obrigação”. (HORTA, 1998, p. 10). Em apertada síntese sobre a importância do direito à educação, enquanto exigência da cidadania, e do processo de socialização humana, Ranieri destaca que tal direito exprime

Uma posição jurídica subjetiva, individual, difusa e coletiva, fundamental e universal, e um dever jurídico subjetivo, igualmente individual, difuso, coletivo, fundamental e universal. E, como é característico dos direitos fundamentais, se desdobra em diversos direitos e faculdades, de conteúdo autônomo e específico. (RANIERI, 2013)

Direito subjetivo é, essencialmente, o direito conferido ao indivíduo de exigir, individualmente ou coletivamente, face ao Estado, o cumprimento de suas obrigações legais e constitucionais. O constituinte originário atribui, somente ao ensino fundamental, o

direito social da educação é tão importante quanto o direito à vida, até porque para lutar por esta, o sujeito precisa saber como protegê-la, avultando-se o papel do Estado, principalmente, num país de relevante número de analfabetos”. (MARTINS, 2009, p. 96)

caráter de direito público subjetivo à educação¹⁰. Tornar a educação direito público subjetivo é conferir ao titular do direito a prerrogativa de requerer a atuação positiva do legislador para concretização do seu *mínus* público. Assim,

De sua natureza jurídica de direito fundamental, derivam quatro importantes consequências: (a) desfruta de prioridade em face dos demais direitos contemplados pela ordem jurídica, (b) desdobra-se em diversos direitos e garantias; (c) seu conteúdo material é conteúdo mínimo, qualificado como direito ao mínimo existencial, (d) tem eficácia e aplicabilidade imediatas (RANIERI, 2013, p. 76).

É preciso esclarecer que os direitos de caráter fundamental, entre eles o direito à educação, desfrutam de primazia na ordem constitucional brasileira por estamparem uma forma de prestação estatal que reclama uma constante atuação do Poder Público devido ao seu caráter absoluto que os fazem prevalecer sobre outros direitos. A doutrina costuma fixar, ainda, como características dos diversos direitos fundamentais o seu caráter universalista na perspectiva de alcançar a todos e serem considerados produto de desenvolvimento de nuances históricas, dessa maneira, para Bobbio (2004, p. 13) “[...] não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em

¹⁰ A interpretação ampliativa das normas constitucionais permite inferir que o constituinte deveria, por bem, assegurar o ensino fundamental, médio e superior como direito público subjetivo. Educação é direito que todos os indivíduos devem ter acesso independentemente de qual nível seja e o Estado não pode furta-se de proporcioná-la. Nessa perspectiva, Sarlet (2013) considera que os argumentos em favor de considerar o ensino infantil e fundamental como direito subjetivo (originário) podem ser utilizados para o campo do ensino médio e superior, quando se considera, também, a análise do artigo 200, II e V.

outras épocas e em outras culturas”. Ademais, os direitos fundamentais gozam de indisponibilidade e aplicabilidade imediata.

Em razão da crescente necessidade de serem os direitos fundamentais prestados à sociedade, seu conteúdo material é associado à ideia de mínimo existencial. O mínimo existencial associa-se a noção crucial de que os direitos mínimos estão relacionados a uma existência digna, que propicie liberdade e possibilidades de sobrevivência. (OLIVEIRA, 2012). Nessa esteira, o direito fundamental social à educação carrega consigo a idéia de consagração plena de desenvolvimento de variadas potencialidades que caracteriza cada qual e que lhes permitem uma inserção social mais contundente.

O direito à educação não pode, sob hipótese alguma, ser restringido a partir de alegações, como o argumento da reserva do possível, que frequentemente é utilizado pelo Poder Público para escusar-se de cumprir suas obrigações. O direito à educação, enquanto direito público subjetivo em todos os níveis, como se defende, não comporta omissão estatal, nem alegações de insuficiência de recursos¹¹, muito menos a argumentação de conveniência e oportunidade. Paiva (2007, p.79) acentua que “é tarefa do Estado alocar os recursos necessários e destiná-los à consecução de seus fins, e por mais reduzido que seja o orçamento, deverá haver, sempre, recurso para a educação [...] por determinação constitucional”. Dessa maneira, insistindo o Poder Público em recusar a fruição de direitos, incluindo-se a educação, influndo paraineficácia injustificada dos direitos fundamentais sociais, cabe a

¹¹ Pertinente é a consideração de Carlos Rátis (2009, p. 135) “ Se o Estado não pode naquele momento garantir a sua concretização, por total incapacidade fático-orçamentária, ficará, pois, em mora, até o seu imediato cumprimento”.

ingerência do Poder Judiciário para re(estabelecer) a observância da norma constitucional mandamental.¹²

Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamento de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano. (SOARES, 2008, p. 195)

A partir de uma revisão luso-brasileira sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, mormente as que dispõem sobre o direito social de acesso ao ensino fundamental de qualidade, Martins (2009) adota a posição segundo a qual o Estado Social deve, em sua essência, ser um Estado Concretizador, no sentido de que deve reduzir o mal-estar social, considerando que o direito à educação é um direito fundamental social de aplicabilidade imediata e eficácia preceptiva¹³.

¹² Nesse sentido é o pensamento de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 246) ao afirmar que se os poderes do Estado “agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais [...], afetando, como decorrência causal de uma injustificável inercia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á [...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.

¹³ “A característica da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais é de suma importância, porque preserva e garante a dignidade da pessoa humana, a qual configura um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesses lindes, seria desprovido de razoabilidade entender-se que os direitos e garantias fundamentais devem depender para sua concretude de amoldar-se às prescrições legislativas, ao contrário, a lei ordinária é que se deve adaptar às prescrições de direitos fundamentais. Assim, normas que consagrem direitos fundamentais não devem ser consideradas

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

Em que pese a posição adotada por Carlos Ratis, supramencionada, cumpre elucidar a posição classificatória das normas constitucionais de José Afonso da Silva que figura como um dos grandes expoentes da moderna teoria da eficácia constitucional. Analisando a temática, destaca-se que:

Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada [...] Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. [...] Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias: I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas de eficácia limitada ou reduzida. (SILVA, 1998, p. 81-82)

Em linhas gerais, as normas constitucionais de eficácia plena podem ser consideradas como aquelas que bastam em si mesmas no sentido de que sua incidência dar-se-á de forma direta e não encontra-se

apenas normas matrizes de outras normas, visto que têm o condão de regular diretamente relações jurídicas". (MATOS, 2012, p.69)

pendente da atuação legiferante. Por outro lado, às normas de eficácia contida, na linha do pensamento de José Afonso da Silva, seriam aquelas que, a despeito de também gozarem da prerrogativa de incidência imediata sobre a situação que visa regular, mantem-se contida em determinados aspectos visto que ulterior lei que regule seus efeitos podem vir a ser editada. Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida pressupõe, de logo, a atuação legislativa para regular efeitos de incidência da prescrição normativa¹⁴.

Nesse sentido, observa-se que as normas que vinculem direitos que formam a base do mínimo existencial e que gera direito público subjetivo aos seus beneficiários, precisam ser enfrentadas como normas que são aplicáveis diretamente e que, portanto, devem ser imediatamente vinculantes às três esferas da república: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Com base na teoria classificatória de José Afonso da Silva, observa-se que os dispositivos constitucionais que enfatizam o direito à educação, revelam a inquestionável característica de ser dotada de eficácia limitada, no sentido de que o direito fundamental social à educação, a despeito de ter aplicabilidade imediata, reclama que seja editada lei com vistas a sua concretude. Martins (2009) referencia que, para José Afonso da Silva, a eficácia e aplicabilidade de enunciados normativos que carregam em si a características de traduzirem direitos fundamentais da pessoa humana, dependem do enunciado já que está associado em função do seu direito positivo, contudo, mesmo com a

¹⁴ Não é isenta de críticas essa classificação proposta por José Afonso da Silva, visto que a análise dos direitos fundamentais levadas a sua máxima efetividade permite concluir que “ (...) todas as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas pela via jurisdicional, pelo que deve o magistrado aplicar diretamente mesmo uma norma de eficácia limitada, desde que se configure a situação correspondente à prescrição normativa”. (SOARES, 2008, p. 187)

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

ressalva do §1º do artigo 5º da Constituição Federal se faz necessário ulterior integração legislativa para algumas normas definidoras de direitos sociais.

Nesse meandro, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional destaca-se como espécie normativa que aperfeiçoa e estabelece parâmetros para produção plena dos efeitos jurídicos do direito fundamental à educação. Figura a LDB como instrumento de reforço ao direito à instrução escolar, assegurando-lhe maneiras de sua efetiva realização. Tutela-se de tal maneira a educação em virtude de ser ela mecanismo essencial no preparo do indivíduo para a participação na realidade social, com reais chances de possibilidade de mudança no entorno social e consigo mesmo participando ativamente da vida democrática.

O dever do Estado, em particular, não se esgota no oferecimento e financiamento da educação, pelo contrário; deve prover todos os meios necessários para que o direito esteja a todos disponível, seja acessível, adequado às necessidades sociais e adaptado às necessidades dos indivíduos (RANIERI, 2013, p. 80).

Educação pressupõe adaptação para que todos os indivíduos dela possam usufruir de seus benefícios. Essa constatação consubstancia um ensino inclusivo que visa o estabelecimento de atendimento às necessidades individuais a fim de propiciar o aprimoramento do conhecimento e desenvolvimento de competências a partir das limitações de cada qual. Propor um ensino inclusivo é considerar que, conforme Silva (2006, p. 37) o “ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de espiritualidade, razão

por que, desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio”. O efetivo acesso à educação propicia o desenvolvimento do ser humano enquanto sujeito crítico e atuante no meio que o circunda na medida em que o capacita para o exercício da cidadania, permitindo o seu desenvolvimento enquanto ser humano.

A educação é capaz de despertar no ser humano um espírito crítico em relação aos seus atos e em relação aos fatores que o rodeiam, ajuda o cidadão a inserir-se no contexto social, pois o capacita para o exercício profissional, torna-o mais apto a uma participação política e contribui com a construção de valores imprescindíveis à sua evolução individual e à evolução da sociedade (TAVEIRA, 2014, p. 300).

Defende-se que o princípio fundamental da dignidade humana requer a indispensável necessidade de efetivação de direitos fundamentais, elencados na Carta Magna, com destaque para o direito à educação, a abarcar a inclusiva, enquanto vetor que possibilita o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, CF). Esclareça-se, por último, que dada a importância do direito analisado e vedando-se a possibilidade de retrocesso, o direito à educação é protegido pela cláusula pétreia (artigo 60, §4º, IV Constituição Federal), que lhe assegura a impossibilidade de ser suprimido da ordem constitucional.

5 CONCLUSÃO

Uma análise histórico-constitucional permite elucidar que o direito à educação, a despeito das peculiaridades do momento de

elaboração das constituições, revela que a instrução formal sempre foi objeto de consagração. Em razão de sua supremacia inconcussa, o direito à educação figura como uma das necessidades básicas dos indivíduos na consagração de sua dignidade.

A partir das perspectivas abordadas neste trabalho, pode-se concluir que o Direito à educação possui dimensão de direito fundamental e humano característica que o torna essencial nas relações sociais. A educação instrui o indivíduo a portar-se enquanto sujeito harmonioso, tolerante e perseguidor da criticidade do meio circundante, no sentido de que é através da possibilidade de acesso ao ensino que outros direitos são efetivados, a exemplo da igualdade e da liberdade que juntamente com a educação formam o tripé essencialmente fundamental a qualquer indivíduo.

É indiscutível que o direito à educação, quando analisado à luz da teoria dos direitos fundamentais, constitui-se em fundamento do Estado Social Democrático de Direito na medida em que a prática educativa viabiliza a vivência coletiva e o exercício da cidadania, sendo, portanto, necessário prestações estatais com vistas a sua concretização. Nota-se a necessidade de uma atuação estatal mais incisiva com o escopo de propiciar condições organizacionais e estruturais de acesso e permanência que permitam a todos os educandos usufruírem do processo de desenvolvimento do conhecimento e o convívio com a diversidade.

Torna-se imprescindível reiterar, nessa perspectiva, que a educação, em todos os seus níveis, e não apenas no fundamental como preceitua a Constituição Federal, deve ter resguardado o seu caráter de direito público subjetivo. Tal situação decorre da necessidade de se

entender que a educação, no contexto de um Estado Social, demanda um Estado Provedor em que sempre seja intervencionista no sentido de possibilitar um aparato educacional satisfatório àqueles que almejam uma educação de qualidade. Frisa-se que eventuais omissões dos Poderes Públicos, no tocante à educação, comporta a legitimidade de agir processualmente dos indivíduos a fim de que se possa exigir o cumprimento de prestações estatais positivas.

Existe o anseio da sociedade civil, como um todo, que todos aqueles que quiserem uma educação formal e de qualidade seja prontamente viabilizada pelo Estado em virtude de norma constitucional garantidora desse direito fundamental. O Estado não pode furtar-se dessa sua obrigação visto que o direito à educação compreende a própria dimensão existencial do cidadão, portanto, cada indivíduo tem a prerrogativa de exigir a concretização de seus direitos. Remanesce o pacífico entendimento de que é a através da educação que se fomenta melhores condições de vida viabilizando a tese segundo a qual sociedade justa, pautada na dignidade humana, só se desenvolve com cidadãos educados e ciente de seus direitos e deveres que compõe a órbita de sua existência. Espera-se que a educação, em tempos próximos, dentre outras áreas, seja a prioridade estatal que possibilite ao indivíduo a (trans)formação se sua própria realidade e a circundante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Bobbio, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna. BACKES, A. L.; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. **Constituição** (1891). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Constituição** (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Constituição** (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Constituição** (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. **Constituição** (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

_____. Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ASTRO, R. P. **Dura lex sede lex Das Relações Educacionais em conformidade com o Direito Educacional e a Legislação de Ensino**. In: XXI ENCONTRO REGIONAL DOS ESTUDANTES DE DIREITO E ENCONTRO REGIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA. 2008.

CURY, C. R. J.; BAIA HORTA, J. S.; FÁVERO, O. A relação educação-sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, O. (Org.). **A educação nas Constituintes Brasileiras**. 1823-1988. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Autores Associados. 2001. p. 5-30.

CRETELLA Jr., J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

ESPÍNOLA, E. ESPÍNOLA FILHO, E. **Tratado de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

FLACH, S. d. F. **O direito à educação e sua relação com a ampliação da escolaridade obrigatória no Brasil**. Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, out/dez. 1993.

GOMES, M.T.U. **Direito humano à educação e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2009.

HORTA, J. S. B. **Direito à educação e obrigatoriedade escolar**. Cadernos de Pesquisa, n. 104, p. 5-34, jul. 1998.

JOAQUIM, N. **Direito educacional brasileiro: História, Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

KRUG, J. **O direito à educação, seu desenvolvimento histórico e jurídico**. Revista Diálogo, n. 17, p. 13 – 42, jul-dez 2010.

LIBÂNEO, J. C.; OLIVEIRA, J. F. d.; TOSCHI, M. S. **Educação Escolar: políticas, estrutura e organização**. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MARTINS, C. E. B. R. **Hábeas Educationem**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MARTINS, F. J. B. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRELES, A. C. P. C. N. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.

MEIRELES, A. C. P. C. N. **As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo**. 2005. 2v. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2005.

MIRANDA, P. **Direito à educação**. Rio de Janeiro: Alba, 1933

MATOS, M. C. **Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata**. Brasília, E-Legis, n. 8, p. 66-81, 1º semestre de 2012.

MENDES, G. F. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, C. R. G. d. **Teoria do Mínimo Existencial como fundamento do Estado Democrático de Direito**: Um diálogo na busca de uma Existência digna. Revista Direito e Liberdade, v. 14, n. 2, p. 11-32, jul./dez. 2012.

PAIVA, R. G. d. **Direito educacional**: do fato para o direito. In: TRINDADE, André (Coord.). *Direito Educacional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 63 - 96.

RANIERI, N. B. S. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela Educação. (Org.). **Justiça pela Qualidade na Educação**. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v. 1, p. 55-103.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 16.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1988.

SALGADO, J. C. **Pontes de Miranda e o Direito à Educação: exposição crítica**. Disponível em: < <http://amlj.com.br/artigos/126->

O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO FACE À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DO DIREITO EDUCACIONAL

pontes-de-miranda-e-o-direito-a-educacao-posicao-critica>. Acesso em: 16 de agosto.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOARES, R. M. F. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana**: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro. 2008. 276 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2008

SOARES, R. M. F. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. Tese (Programa de pós graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVEIRA, A. d. V. **O direito à educação e os novos paradigmas do constitucionalismo pós-positivista**. Revista de Estudos

Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 6, n. 3, p. 298-309.

VIANA, N. F. **O direito à educação e o direito educacional**. 2010. Monografia (graduação) - Faculdade de Direito, Faculdade Atenas, Paracatu, 2010.

WERTHEIN, J. **O direito à educação como direito público: implicações para o livro e a leitura**. Revista Iberoamericana de Educación, n.º 42, p. 153-157, 2006.

A DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO NOVA EXCLUDENTE LEGAL DE CULPABILIDADE: ANÁLISE DO ARTIGO 2º DA LEI 13.260/2016

*José Carlos Teixeira Costa Junior**

RESUMO: Neste trabalho, o objetivo principal foi analisar o § 2º do art. 2º da Lei 13.260/2016, verificando a existência de relações com o instituto da desobediência civil. Os objetivos secundários para estudar as relações entre os elementos legais e a desobediência civil foram compreender a construção histórica desse instituto, bem como seu conceito, e sua apropriação pelo Direito. O artigo teve, como método utilizado, o comparativo, aliado ao estudo da tramitação legislativa da chamada Lei Antiterrorismo, bem como do tratamento pela Dogmática e do estado-da-arte na doutrina brasileira. Por fim, a conclusão versou sobre a importância da existência do parágrafo para a contenção da pretensão punitiva estatal, em virtude da abertura danosa das condutas previstas no tipo do “*caput*” e do §1º do mencionado artigo, cuja interpretação deve salvaguardar os direitos fundamentais e proteger as manifestações populares.

Palavras-chave: Desobediência civil; Lei antiterrorismo; Exculpante legal; Direitos Fundamentais; Manifestação social.

ABSTRACT: The main objective of this paper was to analyze § 2 of article 2 of Law 13.260/2016, through verifying its relation with the institute of civil disobedience. The secondary objectives to study the relations between the legal textual elements and the civil disobedience

* Graduando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Endereço eletrônico: jcarlos.teixeirajr@gmail.com

were to understand its historical building and also its meaning and its incorporation by the Law. We used the comparative method, combined with the study of the legislative process of the so-called antiterrorism law, as well as the dogmatic and state-of-the-art treatment in Brazilian doctrine. Finally, the conclusion was based on the importance of the existence of the mentioned paragraph to contain the punitive state claim, due to the harmful opening of the conducts in the text of the “*caput*” and paragraph 1 of the article, whose interpretation must support fundamental rights and protect popular demonstrations.

Keywords: Civil disobedience. Counterterrorism Law. Legal Exculpatory Clause. Human Rights. Social Demonstration.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desobediência civil: delineamentos; 3 Excludentes de culpabilidade; 4 Análise do §2º do art. 2º da Lei 13.260/2016; 5 Âmbito da norma do §2º: o exercício dos direitos fundamentais à reunião e de manifestação de pensamento; 6 O reconhecimento legal da desobediência civil como excludente da culpabilidade; 7 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, por objetivo, analisar o art. 2º da Lei 13.260/2016, mais precisamente seu §2º, e a relação deste com o instituto denominado desobediência civil. Em seguida, verificar-se-á se essa excludente supralegal da culpabilidade deixou de ser somente construção doutrinária, incorporando-se ao diploma legal em comento. O fim deste trabalho, portanto, é saber se a norma que se deve extrair

do texto do parágrafo mencionado corresponde à exculpante denominada de desobediência civil.

A justificativa do presente trabalho encontra-se na efervescência política pela qual passou o Brasil, em 2016, notadamente, o elevado número de manifestações em torno dos eventos políticos e esportivos que marcaram aquele ano. Dentro desse contexto, compreender se as condutas dos manifestantes diferenciam-se das descritas no tipo de terrorismo é de profunda relevância, levando em consideração os reflexos que a incidência desta lei pode ter sobre a participação política popular. Obviamente, a questão não é só afeita ao Direito Penal, mas também aos Direitos Fundamentais, e, visceralmente, à Política. Por conseguinte, verificar se a desobediência civil, já defendida por alguns doutrinadores, foi positivada no parágrafo sob análise é matéria de suma importância no que concerne à culpabilidade.

Esta obra foi desenvolvida por meio de revisão bibliográfica doutrinária e análise da Lei 13.260/2016. Analisou-se não somente a redação final, sancionada, como também do projeto de Lei 2016/2015, que tramitou no Congresso Nacional, observando-se como se deu o debate na esfera legislativa.

Iniciou-se a redação deste artigo com a apresentação sucinta dos principais institutos em estudo. Primeiramente, fez-se breve explanação acerca da desobediência civil, sua conformação histórica na contemporaneidade, sua incorporação pelo Direito, e sua compreensão pela doutrina.

Posteriormente, já no âmbito da Dogmática Penal, pôs-se lentes sobre a categoria jurídica a que a doutrina enquadra a desobediência civil, focando a culpabilidade e suas excludentes.

Mais à frente, primou-se pela análise do §2º do art. 2º da Lei 13.260/2016, tendo, como recorte, o estudo da natureza da norma do referido dispositivo, com o objetivo de verificar se guarda identidade com alguma categoria já positivada ou defendida pela doutrina. Nessa etapa do trabalho, buscou-se também compreender e delimitar o âmbito do §2º, tendo em vista a abertura dos conceitos nele contidos, na tentativa de esmiuçar os sentidos que dele se podem extrair, a fim de que haja maior segurança jurídica, como se espera de uma norma penal.

Adiante, concluiu-se que o instituto que melhor expressa a norma do mencionado parágrafo da lei denominada de Lei de Antiterrorismo é a desobediência civil, com base numa interpretação histórica e teleológica, e também na Dogmática Penal.

Por fim, fez-se relação entre a consagração da desobediência civil e a defesa dos Direitos Fundamentais, buscando uma interpretação do parágrafo segundo do artigo segundo da Lei 13.260/2016 que melhor se coadune com as garantias fundamentais. O intuito - espera-se que alcançado - foi o de buscar harmonia interpretativa entre o constitucional mandado de criminalização do terrorismo e a proteção às liberdades igualmente constitucionais.

2 DESOBEDIÊNCIA CIVIL: DELINEAMENTOS

Antes de abordarmos juridicamente o instituto da desobediência civil é imprescindível saber sua origem histórica. Conhecer o significado hodierno desse instituto é fundamental para entender a sua incorporação pelo Direito, particularmente, o Direito brasileiro. Feito isso, a compreensão do conteúdo desta dirimente, como é tratada no Brasil a “desobediência civil”, estará mais adequado.

A ideia de desobediência civil, no mundo contemporâneo, é comumente associada ao movimento negro, encabeçado por Martin Luther King e Malcon X, nos EUA, e, ao processo de emancipação da Índia, liderado por Mahatma Gandhi (HOBSBAWN, 2012, p. 209). Em ambos os movimentos, a resistência dos manifestantes à atuação estatal e opressão de grupos dominantes, materializados, respectivamente, na segregação racial institucionalizada e o domínio colonial da Coroa Britânica, deu-se, majoritariamente, de maneira pacífica, sem recorrerem à resistência armada, ao revés do que era a prática comum.

As lideranças desses movimentos reivindicatórios tinham consciência da maior força política de protestarem sem recorrer à violência física, razão pela qual desta não se valeram como mote principal. De igual relevância para adoção da desobediência civil como método de insubordinação, era o receio quanto aos desdobramentos que uma insurreição armada pudesse ocasionar, no contexto em que se encontravam ambos os movimentos.

Contextualizada em linhas gerais e breves, a desobediência civil, no século XX, facilita-se o entendimento da apropriação desse conceito pelo Direito e pela Ciência Política. Em seu dicionário de Política, Bobbio traz a desobediência civil como

forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça da lei e com o fim imediato de induzir o legislador a mudá-la. (...) É ato que tem em mira, em última instância, mudar o ordenamento, sendo, no final das contas, mais um ato inovador do que destruidor. (BOBBIO, 2008, p. 335).

Embora o conceito de Bobbio não seja o adotado no presente trabalho, sua definição é útil para mostrar, de antemão, a conexão entre a desobediência civil e o universo jurídico. O intelectual italiano faz menção expressa à mudança no ordenamento como um fim do exercício desse instituto. Assim sendo, verifica-se que o exercício da desobediência civil implica na produção de inovação jurídica.

Ressalte-se que o conceito utilizado por Bobbio não atende ao fim deste trabalho por limitar-se à injustiça de “lei” como objetivo para adoção da desobediência civil. Por certo, não somente a injustiça de lei pode dar ensejo à insurreição dos jurisdicionados, mas também a vileza de toda e qualquer norma jurídica. Não há razão para ser apenas a “lei”.

No que concerne ao Direito, a desobediência civil, em respeito à história de como foi concebida, não pode ser confundida com institutos jurídicos que guardem ao cidadão o direito de reagir violentamente. Este é o caso da legítima defesa ou do estado de necessidade, por exemplo. Todavia, de modo díspar, a desobediência civil desvirtuaria seu propósito e sua origem caso comportasse a violência física.

No ordenamento pátrio, a desobediência civil consiste na infringência de tipos penais no bojo de manifestação social, por um indivíduo ou mais, através da qual se pleiteia a melhoria das condições de vida obtidas por determinado grupo.

Tem sido também definida como

ações ou demonstrações públicas de bloqueios, ocupações etc., realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população, ou mesmo em lutas coletivas por direitos humanos fundamentais (...) desde que não constituam

ações ou manifestações violentas ou de resistência ativa contra a ordem vigente. (SANTOS, 2007, p. 339).

Consiste, portanto, na realização de condutas que, inseridas no contexto de concretizar o direito de manifestação, visam externar a insatisfação ou resistência de um grupo a determinada ação por ele sofrida, não abarcando condutas que contenham violência (GOMES, 2009, p. 451). Não estão sob guarida da desobediência civil, logo, condutas, por exemplo, como as de enfrentar corporalmente policiais, em manifestações, ou de entrar em confronto com grupos opostos aos interesses dos manifestantes.

Quanto ao regime jurídico que lhe tem sido aplicado, nota-se que a desobediência civil tem sido tratada pela doutrina como uma dirimente, uma exculpante. Esse tratamento é lastreado na concepção de que a desobediência civil afasta a exigibilidade de conduta diversa, elemento da culpabilidade, já que, quem dela se vale, procura ver protegido e efetivado direito fundamental seu, sem poder portar-se de outra forma para tanto. Afastado esse elemento, o enquadramento jurídico dado à desobediência civil é o de excludente de culpabilidade, por conseguinte.

3 EXCLUDENTES DE CULPABILIDADE

O estudo da desobediência civil, no Direito Penal Brasileiro, exige o conhecimento a respeito das excludentes da culpabilidade, a fim de que se melhor compreenda a natureza do instituto sob estudo.

As excludentes de culpabilidade, dirimentes, ou exculpantes, são institutos legais e doutrinários que elidem a completude da

conformação do crime. A despeito do cometimento de injusto, ou seja, conduta típica e antijurídica, por força da ausência do terceiro elemento do crime, a saber, a culpabilidade, o crime não se perfaz.

Em breve exposição, a culpabilidade é, na teoria do delito, um dos elementos do crime. Compõe-se do potencial conhecimento da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa, na perspectiva majoritária da doutrina. É definida, com certo consenso doutrinário, como “juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido” (BITENCOURT, 2014, p. 460).

Diz-se na ‘teoria do delito’ porque se trata de conceito plurissignificativo, ocupando, a depender do viés de estudo, o *status* de princípio penal constitucional, fundamento da pena, limite da punição e, como já dito, elemento componente do crime.

Por conseguinte, excluída a exigibilidade de conduta diversa, não há que se falar em conduta culpável, por não restar presente um dos elementos da culpabilidade.

Cumprе salientar que o afastamento da exigibilidade de conduta diversa tem sido apontado como fundamento para a existência de exculpantes supralegais. Significa dizer que, a despeito da falta de disposição legal a respeito, ao elidir esse elemento da culpabilidade, podem ser reconhecidas causas que a excluam, por conseguinte. A inexigibilidade de conduta diversa, pela sua relevância, chega a ser elevada a princípio de direito penal (DOTTI, 2001, p. 426) ou como cláusula geral de exculpação supralegal (SANTOS, 2007, p. 325), lastreando as chamadas dirimentes supralegais.

A base para a aceitação da desobediência civil, em termos de matéria penal, é o afastamento da exigibilidade de conduta diversa, e não outro integrante da culpabilidade. Fulminado este componente, o crime não restará integralizado, faltando-lhe um de seus elementos. Em conclusão, não haverá a responsabilização penal de quem age sob o manto da desobediência civil.

As excludentes – por ser de relevância para a justificativa do presente texto – podem ser legais ou supralegais. Incluem o rol das supralegais, ressaltadas pela doutrina, a provocação de legítima defesa, o conflito de deveres, o fato de consciência e a desobediência civil, a qual integra o objeto deste artigo.

Situada a posição dessa excludente, cabe afastar o raciocínio sutil de que a adjetivação “supralegal”, que a acompanha, parece induzir-nos: demonstra sua proeminência frente às legais, sendo supostamente preferível que uma exculpante seja assim enquadrada. No entanto, o maior esforço interpretativo que acompanha a sua aplicação, além da facultatividade em aplicá-la, em razão da fonte da qual emerge (a doutrina), constitui argumento que fragiliza essa ideia.

Significa dizer que é mais difícil aplicar, a um caso concreto, uma dirimente supralegal do que uma consagrada legalmente, pois uma vez positivada, deixando de ser supralegal e tornando-se legal, a sua observância deixa de ser opção do julgador. Este já não poderia escolher deixar de se filiar à corrente doutrinária que admite as exculpantes supralegais, em razão da cogência legal.

4 ANÁLISE DO §2º DO ART. 2º DA LEI 13.260/2016

Ultrapassada a apresentação dos conceitos básicos para o presente artigo, a fim de compreender a inovação trazida pela Lei 13.260/2016, no campo das excludentes do crime, cumpre-nos verificar a redação do art. 2º, a qual dispõe:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais,

instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. (BRASIL, 2016).

Observe-se a “cabeça” deste artigo, que trata do tipo de terrorismo, completado pelo §1º, e seus incisos, em que são descritas as condutas vedadas pela Lei 13.260/2016. Nele, nota-se atecnia do legislador, ao fracionar a compreensão do crime, separando as condutas, nos incisos, dos demais elementos do tipo, estes no *caput*, embora tal constatação não seja o objeto do presente trabalho. No parágrafo seguinte, o legislador trouxe uma hipótese sobre a qual o tipo previsto no *caput* e no §1º não incide.

Neste parágrafo, o legislador positivou, assim, uma hipótese legal específica que afasta a incidência do tipo penal de terrorismo. Isto está expresso. No entanto, o texto do parágrafo não evidencia a natureza

dessa excludente do crime, nem seus limites. Para a compreensão dessa excludente, dessa forma, faz-se necessário recorrer a normas penais gerais, notadamente, do Código Penal, e à Dogmática Penal.

Inicialmente, importa dizer que o Código Penal Brasileiro não traz figura análoga entre as excludentes de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Isto, por si só, já exige que o intérprete recorra não só ao Direito Positivado, mas também à Dogmática Jurídica. Conquanto seja orientadora dos operadores do Direito, para a tomada de decisões (FERRAZ JR., 2013, p. 59), ela traz os conceitos lógico-jurídicos para melhor compreensão do tema.

Nesse sentido, não se trata de excludente da tipicidade, pois, sendo externa ao tipo, contido no *caput* e incisos do §1º, ela existe exatamente para a hipótese em que aquele se realize, no contexto de manifestação política ou movimento social. Também não é hipótese de excludente de antijuridicidade, visto que os autores dos fatos qualificados como *desobediência civil* são dotados de dirigibilidade normativa (SANTOS, 2007, p. 339), ou seja *capazes* de agir conforme o Direito.

Dessa forma, as condutas praticadas pelos manifestantes são contrárias ao ordenamento jurídico, e assim antijurídicas, porque se praticadas de modo diferente poderiam estar conforme ao ordenamento. Na medida em que lesam determinados bens jurídicos, como o patrimônio ou a liberdade de ir e vir, por exemplo, opõem-se ao sistema que os protege.

Contudo, a conduta daqueles que, no bojo de movimentos sociais, venham a perfazer o injusto de terrorismo não pode ser considerada culpável. Falta-lhe a exigibilidade de conduta diversa, e daí a culpabilidade, para que sejam criminosas suas condutas, tendo em

vista que os atos de insubordinação dos manifestantes se confundem com o exercício de seus direitos fundamentais.

E a essa categoria de direitos, aos quais a Constituição confere proteção singular, o Direito Penal não pode ser alheio, sem conferir-lhes também proteção. Proteção essa que não deve se manifestar apenas através da criminalização de condutas lesivas aos direitos fundamentais, mas também por meio do reconhecimento de causas que afastam o aparato penal do Estado, quando este importar em ameaça a essas mesmas garantias. Nesse sentido, posiciona-se o renomado penalista alemão, Claus Roxin:

Também no âmbito de proteção dos direitos fundamentais pode-se fundamentar, em certos casos, uma exclusão da responsabilidade (...). Assim é que o ato de consciência se encontra no âmbito de proteção do Art. 4, GG, e a chamada desobediência civil. (ROXIN, 2006, p. 162).

Embora seja feita referência à Constituição Alemã, a *Grundgesetz* (GG), o raciocínio é aplicável ao ordenamento brasileiro, visto que a desobediência civil, aqui, também atende ao mesmo fim, qual seja, de reforçar a proteção ao exercício de direitos fundamentais.

5 ÂMBITO DA NORMA DO §2º: O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

Questão de suma importância é saber o âmbito da norma do §2º do art. 2º da Lei 13.260/2016. A referência a “manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria

profissional”, pela sua amplitude, pode aludir ao exercício de diversos direitos fundamentais, sejam eles de manifestação e de reunião.

Vale frisar a interpretação histórica, considerando os **trabalhos preparatórios**, isto é, as discussões parlamentares (FERRAZ JR, 2013, p. 262), para compreender a função do enunciado legal. A previsão legislativa do §2º segundo do art. 2º no projeto de Lei da Câmara enviado ao Senado revela o receio, por parte de um grupo de parlamentares, de que houvesse a criminalização das manifestações.

Tramitando no Senado, todavia, o parágrafo foi suprimido, através da Emenda nº 15 - Substitutivo, sob a seguinte justificativa:

Em um Estado Democrático de Direito, as manifestações e reivindicações sociais, sejam elas coletivas ou individuais, não têm outra forma de serem realizadas senão de maneira pacífica e civilizada (...) Não há como conceber uma sociedade democrática sem a garantia do exercício das liberdades de expressão e de ação conjugadas com a manutenção da ordem, da segurança e do bem-estar do povo (...) Ora, da simples leitura do dispositivo, pode-se afastar por completo os temores de eventual criminalização de movimentos sociais com propósito legítimo. (BRASIL, 2015).

Neste parecer, no qual foi proposta a Emenda mencionada, o Senador Relator defendeu que, a despeito da retirada do §2º do art. 2º do Projeto de Lei 101/2015, advindo da Câmara, não havia razão em se ter receio de qualquer criminalização de **movimentos sociais com propósito legítimo**, como se fosse possível especificar quais movimentos têm ou não propósito legítimo. A mencionada emenda,

contudo, que fora aprovada pelo Senado e encaminhada à Câmara, foi rejeitada pelos Deputados, que mantiveram a redação original do Projeto encaminhado à Casa Revisora, reforçando a importância de positivizar o §2º.

A referida positividade, portanto, embora não seja necessária para a garantia dos direitos fundamentais no bojo dos movimentos sociais, - que já tem guarida constitucional inafastável - reforça que a intervenção punitiva estatal deve respeitar os direitos fundamentais de reunião e à manifestação.

Pelo contexto em que se originou o referido diploma normativo, no ano de 2016, a norma vem em sustento daqueles que, em manifestações de rua, praticarem condutas que se coadunem com as descritas no artigo. Tal positividade atendeu aos reclamos de movimentos sociais, que temiam a criminalização das reivindicações e protestos, sob o pretexto de combater o terrorismo. Mas, certamente, a proteção do parágrafo segundo vai além disto.

Lastreando-se, ademais, numa interpretação teleológica, o fim dessa norma deve ser proteger o exercício de direitos fundamentais e dar coerência ao ordenamento jurídico. Não se pode restringir o exercício de direitos fundamentais de manifestação de pensamento e à reunião, nem tornar delito condutas que concretizem o exercício de direitos constitucionalmente amparados, pois não haveria coerência alguma em assegurar na Carta Magna o que se proíbe legalmente. Importaria, por via transversa, adotar medida tendente a restringir direito fundamental social, o que sequer é permitido por meio de emenda constitucional!

Assim sendo, temos que o âmbito desta norma guarda estreita relação com o respeito a garantias fundamentais. Embora pareça

despicienda essa informação, é de extrema relevância que seja ressaltada, levando-se em consideração a abertura da norma do *caput* do art. 2º, bem como da descrição das condutas vedadas nos incisos do §1º.

As normas desses dispositivos são pouco taxativas, podendo conduzir a eventual abuso judicial, pois os parâmetros legais não são claros, o que não define bem os limites do poder punitivo-judiciário (PRADO, 2010, p. 143). Logo, a atuação do Estado-juiz torna-se mais vulnerável a fatores extrajurídicos, como o clamor social e os preconceitos sobre determinados grupos, o que contribui para a insegurança jurídica.

Dessa forma, como meio de frear a intervenção penal, que deve ser mínima, a interpretação da norma do parágrafo segundo, que restringe a aplicação do delito do *caput* e dos incisos do parágrafo primeiro, de elevada abrangência, deve ser de tal modo abrangente, como a redigiu o legislador.

Consequentemente, seja no exercício do direito à reunião ou direito de manifestação, não há que se falar em terrorismo, se atendido ao disposto no parágrafo segundo. Esse é o entendimento adotado neste trabalho, com vistas a evitar que a previsão do tipo de terrorismo signifique um passo para a desmobilização política da sociedade.

Ainda quanto ao âmbito de aplicação do §2º, agora no que tange à generalidade da norma, vê-se que se trata de norma especial, externa ao Código Penal, portanto, restrita aos tipos previstos na Lei Antiterrorismo.

6 O RECONHECIMENTO LEGAL DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL COMO EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE

Feita sucinta análise a respeito do §2º do art. 2º da Lei 13.260, faz-se necessário então verificar se houve a consagração da dirimente “desobediência civil”.

Reconhecida a necessidade de munir-se do conhecimento dogmático, ainda mais sobre um instituto cuja positivação é diminuta, deve-se buscar uma interpretação do parágrafo em questão da forma que melhor se adapte ao quanto já construído pela doutrina. Frise-se que o pensamento dos doutrinadores que reconhecem a desobediência civil conflui com o objetivo da inclusão dessa norma: proteger o exercício de liberdades fundamentais de irresignação frente ao Estado. Eis um argumento de natureza teleológica.

Ademais, entende-se que o §2º do art. 2º da Lei 13.260/2016 deve ser compreendido como norma consagradora da desobediência civil. Há lastro no critério interpretativo que visa à interpretação mais condizente com a intenção reguladora do legislador (LARENZ, 2005, p. 463). Trata-se do elemento histórico da interpretação, que, aliás, é também um tipo de interpretação.

No caso em apreço, a discussão legislativa a respeito do §2º reforça o quanto aqui defendido: esse parágrafo, na forma como está redigido e fora publicado, que constava do projeto de lei original, foi suprimido quando tramitava na Casa Revisora, tendo sido previsto novamente, quando do retorno da discussão do tema à Câmara dos Deputados. No retorno à Câmara, foi rejeitada a proposta de redação do Senado, retornando-se ao inteiro teor do projeto como encaminhado ao Senado, revelando o debate em torno da efervescência política exposta

nas manifestações. É dizer, a preocupação estava em torno da criminalização ou não de condutas praticadas por manifestantes.

Por fim, como já visto, inexistente excludente do crime, no Código Penal, que seja similar ao parágrafo sob análise. Aliada a esse fato, está a aceitação doutrinária da inexigibilidade de conduta diversa como fundamento para exculpantes até então não previstas em lei. Revelam-se, assim, argumentos para compreender que a norma do parágrafo segundo assegura a desobediência civil, no particular.

Com base nos fundamentos acima expostos, o tratamento dogmático que melhor se pode dar a esse parágrafo, já que não se verifica óbice legal, é o de excludente de culpabilidade. O perfazimento da previsão do parágrafo 2º fulmina a exigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se poderia exigir que o indivíduo ou grupo deixasse de expor sua reivindicação ou pleito, abstendo-se de exercer garantia fundamental sua, conforme já exposto.

Adota-se no presente trabalho, saliente-se, a posição dos doutrinadores que aceitam a figura dessa dirimente (SANTOS, Juarez Cirino dos, 2007; GOMES, Luiz Flávio, 2009 e DOTTI, René Ariel, 2001), para os quais a desobediência não é uma exculpante que agasalhe qualquer tipo de delito. Concordamos com eles quando não admitem a desobediência civil em hipótese de injusto cometido com violência. A base da desobediência civil é a resistência pacífica a eventuais violações aos direitos cometidas pelo Estado.

Por conseguinte, compreendemos que a expressão final do parágrafo segundo do artigo segundo da Lei 13.260/16 – **sem prejuízo da tipificação legal** – deve ser entendida como alusão aos delitos violentos, os quais, se infringidos, não são afastados pela dirimente aludida na presente pesquisa. Portanto, a desobediência civil pode dar

guardada ao cometimento de delitos não violentos, como o injusto de desobediência (art. 330 do CP), por exemplo.

7 CONCLUSÃO

A positivação da desobediência civil encontra respaldo, como já demonstrado, na proteção aos movimentos sociais e reforço dos direitos fundamentais. A prática de determinadas condutas, que revelem-se típicas e antijurídicas, em contextos como o descrito pelo parágrafo segundo, não são culpáveis, por serem abarcadas pela exculpante denominada “desobediência civil”. Nesta hipótese, resta afastada a exigibilidade de conduta diversa, e, conseqüentemente, a culpabilidade.

A consagração dessa excludente, que passa a integrar o rol de exculpantes legais, representa um pilar protetivo dos indivíduos frente o Estado. Adotá-la, portanto, revela em óbice ao tipo aberto de terrorismo, a fim de que não resulte em restrição ao ímpeto crítico e reivindicatório da população. Essa deve ser a conclusão no contexto de um Estado que se pretende democrático de Direito.

Isto posto, reconhecer a desobediência civil representa um avanço em matéria de Direito Penal. A consagração dessa exculpante é mais uma previsão no ordenamento de hipótese em que os cidadãos podem contrapor-se ao Estado, para garantir-lhes aquilo que está acima dele, suas liberdades fundamentais.

Por ser matéria penal, mais vantagens traz ainda. A persecução penal do Estado, pela sua gravidade, só pode atingir os direitos fundamentais, na mais estrita necessidade. Essa é a lição extraível do

princípio penal da intervenção mínima do Estado e da interpretação com vistas à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Em conclusão, expandir o rol de exculpantes legais representa claro avanço para o ordenamento brasileiro. A imperatividade da lei, conquanto norma estatal, configura um reforço do entendimento já esposado pela doutrina de que a desobediência civil é hipótese de exculpação que deve ser reconhecida pelo Estado. Potencialmente, muitas vezes, exercer-se-á contra ele, como corolário de um sistema jurídico, cuja base contém os direitos fundamentais.

Em decorrência do que neste trabalho exposto, a desobediência civil, no rol das exculpantes legais, reforça o poder dos movimentos sociais pacíficos, garantindo-lhes, pelo menos pela via penal, segurança para pleitear melhoria na efetivação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.260/2016 é um ato terrorista à hermenêutica constitucional**. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/academia-policia-lei-132602016-ato-terrorista-hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 11/11/2016, 15:35.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20ª edição revista, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Traduzido por Carmen C., Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro

Pinto Cacais. 13ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008 (reimpressão).

BRASIL. **Lei 13.260/2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113260.htm>. Acesso em: 02/10/2016, 14:22.

_____. Projeto de Lei 2016/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1514014>>. Acesso em: 17/11/2016, 16:00.

_____. Projeto de Lei da Câmara 101 de 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122772>> Acesso em: 17/11/2016, 17:50.

CARNEIRO, Beatriz. Legislação Antiterrorismo no Brasil: breves considerações críticas sobre a Lei 13.260/2016. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador, v. 19, n. 21, 2016.

DADICO, Claudia Maria; LATORRE, Ana Inês Algorta. **Desobediência Civil por melhor educação é justa e merece respeito.** Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09/desobediencia-civil-melhor-educacao-justa-merece-respeito>>. Acesso em: 11/11/2016, 15:20.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Rio de Janeiro:Forense, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Luiz Flavio. MOLINA, Antonio García-Pablos de Molina; Coordenação: GOMES, Luiz Flavio e CUNHA, Rogério Sanches.

Direito Penal: parte geral: volume 2. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Terrorismo: considerações críticas ao projeto de Lei aprovado pelo Senado Federal.** Disponível em: <<http://luizflaviogomes.com/terrorismo-consideracoes-criticas-ao-projeto-de-lei-aprovado-pelo-senado-federal/>> Acesso em: 11/11/2016, 15:43.

HOBSBAWN, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991;** tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 4ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120.** Volume 1. 9ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Juez Cirino dos Santos. **Direito Penal: parte geral.** 2ª edição. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? Um estudo sobre os direitos da personalidade no contexto tecnológico atual

*Ludmyla Rocha Lavinsky**

*Roxana Cardoso Brasileiro Borges***

RESUMO: Este artigo faz uma análise sobre os direitos da personalidade no contexto tecnológico atual, a partir de conteúdo de textos com fotos das publicações da página “Aviãozinho da UFBA” no Facebook, no período entre 31 de janeiro de 2014 até 12 de maio de 2016, perfazendo um total de 99 publicações. O objetivo foi verificar se houve violação aos direitos da personalidade, considerando os critérios apresentados por Bárbara Luíza Coutinho do Nascimento (2009), quais sejam, exposição pública de fatos privados; exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público; apropriação do nome e da imagem da pessoa; intromissão na reclusão do indivíduo. Foram levantadas duas hipóteses para este trabalho, a primeira apontava um resultado de violação aos supracitados direitos, com a exposição do indivíduo no mundo virtual sem o seu consentimento, enquanto a

* Ludmyla Rocha Lavinsky: Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (ano de ingresso: 2013.2). Vice-Presidente e Diretora de Projetos no Centro Acadêmico Ruy Barbosa (Gestão Repensar - 2016). Foi representante estudantil titular nos órgãos colegiados da Faculdade de Direito da UFBA (colegiado de graduação, departamento de direito público e departamento de direito privado). Assessora de Mercado na ADV Junior Consultoria Jurídica (Gestão de 2016). Possui projeto de pesquisa pelo PIBIC-UFBA (2015-2016) na linha de pesquisa sobre Direitos da Personalidade, tendo renovada a sua pesquisa na mesma área (2016-2017).

** Roxana Cardoso Brasileiro Borges: Doutora em Direito das Relações Sociais (Direito Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP-2003), Mestre em Instituições Jurídico-Políticas (Direito Ambiental e Civil) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC-1999), Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal - 1996), Professora Associada de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, onde leciona no Doutorado, no Mestrado e na Graduação, Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia, Professora no Centro Universitário Estácio da Bahia (Estácio Fib), atua nas áreas de Direito Civil, Direito Ambiental, Metodologia da Pesquisa e Bioética e Biodireito.

segunda indicava uma “brincadeira” fruto dos novos tempos e novas formas de interação com os meios comunicativos, sem violação aos direitos da personalidade. A análise da amostra revela que, no contexto presente das novas tecnologias e a partir da naturalização da exposição pelas transformações socioculturais ocorridas, a mera exposição da imagem na rede social, mesmo sem autorização, não ofende o homem médio atual e, portanto, não viola os direitos individuais da pessoa, tendo sido confirmada a segunda hipótese.

Palavras-chave: Imagem; Honra; Privacidade; Intimidade; Dignidade da pessoa humana; Aviãozinho da UFBA; Facebook; Brincadeira.

ABSTRACT: This article makes an analysis on the personality rights in the current technological context, from text content with photos of the publications of the page "Aviãozinho da UFBA" on Facebook, in the period between January 31, 2014 until May 12, 2016, making a total of 99 publications. The objective was to verify if there was a violation of personal rights, considering the criteria presented by Coutinho (2009), namely, public exposure of private facts; exposure of the individual to a false perception of the public; appropriation of the person's name and image; intrusion into the individual's seclusion. Two hypotheses were raised for this work, the first one indicated a result of violation of the aforementioned rights, with the individual's exposure in the virtual world without his consent, while the second indicated a "joke" fruit of new times and new forms of interaction with communicative means, not violating the rights of the personality. The analysis of the sample reveals that, in the present context of the new technologies and from the naturalization of the exposure due to socio-cultural transformations, mere exposure of the image in the social network, even without authorization, does not offend the current

average man and therefore does not violate the most personal rights, and the second hypothesis was confirmed.

Keywords: Image; Honor; Privacy; Intimacy; Dignity of human person; Aviãozinho da UFBA; Facebook; Kidding.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O “Aviãozinho da UFBA” No *Facebook*: o que é e como funciona; 3 Os direitos da personalidade: imagem, honra, privacidade e intimidade; 4 A rede social “Facebook” e a cultura tecnológica atual; 5 Análise e discussão dos dados da página; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 proclama em seu art. 5º, X, que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” e, com esteio neste dispositivo, o Código Civil de 2002 inicia seu texto baseado na valorização da pessoa e proteção aos direitos da personalidade, seguindo a linha de proteção à dignidade da pessoa humana – também constitucionalmente previsto –, um dos fundamentos para o Estado Democrático de Direito.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 também traz em seu corpo normativo a necessidade de proteção à vida privada, à intimidade, à honra e à imagem, em seu art. 12: “*ninguém*

será objeto de interferências arbitrárias em sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataque à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei, contra tais interferências ou ataques”.

Desta forma, tese prevalecente acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade é que estes constituem o reconhecimento de valores fundamentais inerentes ao indivíduo (BITTAR, 2015, p. 35), necessários, por sua vez, ao pleno e livre desenvolvimento de suas características físicas, morais e intelectuais.

A defesa a tais direitos é uma maneira de proteger a pessoa humana em sua concretude, suas particularidades, como: imagem, honra, voz, nome, intimidade, privacidade, entre outros, assegurando, assim, a integralidade da pessoa. Esta concepção dos direitos é oriunda da visão que se tem sobre um “novo Direito Civil”, que se aproxima da Constituição e do conceito de “dignidade da pessoa humana”.

Para os fins deste trabalho, o enfoque principal será dado aos direitos à imagem, honra, intimidade e privacidade. Isto porque o objeto analisado (página “Aviãozinho da UFBA” no *Facebook*) se insere numa problemática muito importante, a saber, o conflito entre a proteção fundamental à imagem, o desenvolvimento das tecnologias atuais (*smartphones*, por exemplo) e sua relação com o direito contemporâneo.

Esta discussão remete ao problema inicial desta atividade: de acordo com o contexto tecnológico presente e as transformações culturais dele decorrentes, a mera exposição da imagem em redes sociais gera dano aos mencionados direitos da personalidade?

A facilidade que uma imagem que mostre qualquer tipo de situação (pessoas, cenários etc) pode ser capturada e divulgada (basta lembrar a popularidade dos celulares com câmera e o fácil acesso à *internet* atualmente), embora muito importante e muito útil para as pessoas, contribuindo com avanços nos mais variados meios e melhorando a comunicação ao redor do mundo, acabam por possibilitar que muitos registros não tenham controle algum.

É dentro deste conflito que se insere a discussão tratada neste trabalho: como lidar juridicamente com as novas tecnologias e o direito à imagem? Houve quem acreditasse que o “mundo virtual” pertencesse a uma jurisdição distinta, como Carlos Alberto Rohrmann (2000, p. 02), em razão da complexidade em identificar seus limites, impor regras e controlá-lo:

Os primeiros estudos datam da primeira metade da década de noventa e foram dominados pela tese de que a Internet seria “ingovernável”. Trata-se de uma corrente doutrinária que defendia a tese de que a Internet criaria uma jurisdição própria, separada.

Atualmente, esta é uma questão de extrema importância, pois o que temos é a *internet* sob a mesma jurisdição das demais relações e o direito tem que saber lidar com as transformações sociais, inclusive as decorrentes dos avanços tecnológicos, mesmo diante das dificuldades encontradas, não deixando de considerar que as exposições trazidas pela página “Aviãozinho da UFBA”, em uma outra perspectiva que não a atual (em outra época, e.g.), poderia causar um desconforto que levasse à violação de direitos da personalidade.

Busca-se, então, a partir da análise de conteúdo das publicações com fotos da supracitada página, no período de 31 de janeiro de 2014 a 12 de maio de 2016, verificar se o conteúdo da página se enquadra nos conceitos atuais de violação aos direitos da personalidade e perceber as transformações socioculturais que naturalizam a captação e exposição da imagem.

É um estudo que contribui para a interpretação dos conceitos da área de forma mais adequada à sociedade contemporânea, considerando o imediatismo e a fluidez das informações divulgadas por estes meios de comunicação. Contribui, também, em demonstrar que a *internet* pode ser ainda uma vastidão de desconhecimento em relação aos seus limites e possibilidades de uso e difusão de informação, mas que deve haver a busca incessante pelos juristas pela compreensão do seu funcionamento e adequação dos posicionamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais à realidade existente, com todas as suas nuances.

2 O “AVIÃOZINHO DA UFBA” NO *FACEBOOK*: O QUE É E COMO FUNCIONA.

A rede social *Facebook* é um instrumento virtual que possibilita a integração entre pessoas e faz parte dos avanços tecnológicos que contribuem para a disseminação (quase) instantânea e sem controle das informações contidas. É um importante meio de comunicação atualmente e faz parte da rotina de milhões de pessoas ao redor do mundo.

É no *Facebook* que está o objeto deste trabalho, a página “Aviãozinho da UFBA”, criada em abril de 2013, possuindo mais de 14

mil curtidas em agosto de 2016. Nela, os usuários podem enviar mensagens anônimas com fotos e descrições de pessoas que viram no ambiente da Universidade Federal da Bahia – UFBA – ou que, de alguma forma, acham que o indivíduo em interesse se relaciona com a instituição. O objetivo é conhecer uma pessoa que é vista uma vez ou com alguma frequência, que lhe despertou interesse, mas o interessado não tem coragem para entrar em contato pessoalmente, sendo um meio “facilitador” do estabelecimento uma possível relação.

Para melhor entender os procedimentos e objetivos da página (*link*: <https://www.facebook.com/aviaozinhodaufederalba/>), faz-se necessário transcrever as “Informações da página”, que o *Facebook* subdivide em “Descrição curta” e “Descrição longa”. Salienta-se que a página teve o seu “ápice” nos anos de 2013 e 2014, quando teve mais acessos, verificados pela maior quantidade de curtidas, comentários e publicações nos referidos anos, mas, como passageiras que são as novidades da *internet*, já tem seu espaço de popularidade ocupado por outras páginas de conteúdo similar.

Descrição curta

“Vê todo o dia na fila insuportável do RU aquela pessoa dos seus sonhos? Sentou do lado de um boy magia no BUZUFBA? A menina linda tava na biblioteca e tu não pediu o nome? Manda pra gente o recado que tudo entra na página com anonimato!” (sic).

Descrição longa

“- A intenção desta página é APENAS o entretenimento, portanto é pertinente que não será

aceito qualquer xingamento ou mensagem que possa ofender ou denegrir algum estudante da UFBA.

- Todas as mensagens enviadas serão publicadas em anonimato, garantimos o seu sigilo como parte fundamental do entretenimento da página.

- Caso você se sinta ofendido ou constrangido por algum post publicado entre em contato por mensagem conosco que assim que avaliarmos sua queixa retiraremos do ar o post em questão.

- E apenas para reforçar a premissa; não haverá em hipótese alguma divulgação de identidade.” (sic).

Assim, as pessoas enviam mensagens contendo fotos e descrições de outras que não conhecem, mas que gostariam de se aproximar, com interesses decorrentes de suas aparências ou hábitos constatados pelo “anônimo” que publica. As mensagens, em geral, contêm elogios e demonstram interesses amorosos e/ou sexuais, além de buscar certos dados sobre as pessoas, como informações pessoais (nome, idade, curso, orientação sexual, estado civil etc).

Esta página é de livre acesso a qualquer pessoa, seja discente, docente, servidores e sociedade de uma forma geral. Os usuários rapidamente identificam as pessoas nas fotos e fazem comentários a respeito da publicação, da imagem, marcam os perfis pessoais de quem foi fotografado para o anônimo que enviou a mensagem saber de quem se trata e para que esta pessoa tome ciência que há aquela publicação. A partir daí, cabe ao “anônimo” entrar em contato com a pessoa

identificada, que pode ter manifestado ou não nos comentários o seu interesse em corresponder.

Esclarecido o funcionamento e o objetivo da página objeto desta análise, passa-se ao trabalho acerca do tema que envolve a discussão proposta.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: IMAGEM, HONRA, PRIVACIDADE E INTIMIDADE.

A dignidade da pessoa humana se refere à valorização da pessoa pelo simples fato de ser o que ela é: pessoa. Então, os aspectos que a envolvem e a definem, os direitos da personalidade, possuem relação intrínseca com a proteção conferida ao ser humano. A Constituição de 1988 trouxe como fundamento do Estado Democrático de Direito a referida dignidade e, portanto, priorizou valores existenciais em detrimento dos meramente patrimoniais.

Dentro deste contexto, cabe colocar o fundamento de todos os direitos da personalidade: concretizar a dignidade da pessoa humana através da proteção aos aspectos que envolvem a personalidade dos indivíduos. São direitos inerentes ao ser humano e, apesar do imbricamento existente entre os direitos fundamentais, será dada uma atenção especial aos direitos individuais da pessoa relativos à imagem, honra, privacidade e intimidade, devido à natureza do objeto e à necessidade de delimitar sua análise.

Segundo Amaral (2008, p. 283 - 312, APUD SOUZA, 2015, p. 25), os direitos da personalidade amparam direitos subjetivos e

pretendem a proteção “de valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”, atribuindo sua classificação como: direito à integridade física (aqueles relativos à vida e ao próprio corpo); direito à integridade intelectual (os autorais); e direito à integridade moral (que seriam os direitos à identidade pessoal, à honra, ao recato, à imagem, ao nome).

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 102) classifica, com nomenclatura diversa, os mesmos direitos em direitos físicos da personalidade (tais como a vida, a integridade física, o corpo, a imagem, a voz); direitos psíquicos da personalidade (como a liberdade, a intimidade, a integridade psíquica, o segredo); e direitos morais da personalidade (a identidade, a honra, a resposta, as criações intelectuais).

São, então, proteções conferidas aos diversos aspectos do que tornam o ser humano um indivíduo único, as suas características peculiares e que fazem parte de sua natureza enquanto pessoa. Desta forma, independentemente de sua classificação, possuem a confluência no merecimento de proteção com base na intrínseca relação com a pessoa humana.

Caracteriza Bittar (2015, p.43) os direitos da personalidade:

[...] direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina. São os direitos que transcendem, pois, ao ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos na própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade.

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

O direito à imagem, um dos nortes deste trabalho, está expressamente destacado na Constituição Federal no artigo 5º, incisos X e XXVIII, alínea “a” e no Código Civil, expressamente, no artigo 20:

CF/88:

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

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

CC/02:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa

proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Este direito se refere à proteção dos aspectos físicos da pessoa, os traços que objetivamente a identificam. Por esta razão existe a presunção de que, para o uso e/ou reprodução da imagem de alguém, especialmente quando tratar-se de finalidade comercial, é necessária a existência de autorização da titular do direito. Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 110), este aspecto seria considerado um “poder” sobre a própria imagem, o que possibilitaria, inclusive, a sua disposição:

Destacando partes do art. 20 do Código Civil de 2002, conclui-se que a pessoa tem certos poderes sobre a sua própria imagem, podendo inclusive dispor dela, conforme alguns limites que nosso ordenamento estabelece: “Salvo se autorizadas, ... a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas...”.

Salienta Sérgio Cavalieri Filho (2012, p 116) a respeito da individualização da pessoa no meio social através da imagem, conferindo direito à proteção jurídica:

[...] a imagem é um bem personalíssimo, emanção de uma pessoa, através da qual projeta-se, identifica-se e individualiza-se no meio social. É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias, filmes [...].

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

No mesmo sentido da necessidade de autorização para uso e reprodução da imagem alheia, além da liberalidade desta cessão de direito personalíssimo, leciona Maria Helena Diniz (2004, p. 153, APUD OLIVEIRA E MURTA):

O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, dando, para tanto, seu consentimento, e também tem o direito de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem, e ainda, o de receber indenização por tal ato desautorizado. E, uma vez dado o consentimento, nada obsta a que a pessoa se retrate, revogando aquela permissão, desde que responda pelos danos que, com tal atitude, causar.

Além disso, a imagem de uma pessoa envolve também aspectos coletivos e relaciona-se diretamente com outros aspectos do contexto social no qual ela se insere (fama, reputação, as atitudes que o mundo exterior associa a este indivíduo em específico). Assim, o direito à imagem, apesar de autônomo, está conectado de maneira simbiótica com a vida privada, a honra e a reputação da personalidade de cada indivíduo (OLIVEIRA E MURTA).

Neste trabalho, o direito à imagem ganha uma posição de destaque, devido aos avanços tecnológicos que o mundo vivencia e que implicam diretamente na facilidade tanto da captação, quanto da reprodução da imagem e dificultam o controle pretendido pelo código civil (prévia autorização, por exemplo, como coloca o artigo 20). Verifica-se, portanto, um desafio atual regulamentar a sua disposição no ambiente virtual.

Partindo à análise de mais um direito personalíssimo, destaca-se que também nos artigos 5º, inciso X da CF/88 e 20 do CC/02 faz-se referência expressa ao direito à honra, essencial quando se trata de discutir exposição, considerando as possíveis repercussões morais/psíquicas advindas, além da previsão contida na Convenção Americana de Direitos Humanos (a qual o Brasil faz parte) e que, em seu artigo 11, reconhece a proteção a este direito fundamental:

CADH/69:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A proteção ao direito à honra se assemelha de alguma forma ao direito à imagem no aspecto social supramencionado. Mais especificamente, a honra se traduz, por um lado, no sentimento de dignidade própria (honra interna ou subjetiva) e, por outro, no apreço social, na reputação e na boa fama do indivíduo (honra exterior ou objetiva). A honra, para os fins deste trabalho, é também relevante para a análise das divulgações feitas na página “Aviãozinho da UFBA”, pois serve como parâmetro para identificar possíveis violações aos direitos da personalidade através da percepção daquilo que pode ser ofensivo

ao “homem médio”, ou seja, aquele que não é extremamente frio ou extremamente sentimental.

A privacidade, outro direito personalíssimo de grande relevância para a presente discussão, pode ser comentada junto com o direito à intimidade, percebendo que esta é uma espécie do gênero daquela e, portanto, se referem à vida privada.

O direito à privacidade se trata, pois, do direito da pessoa de estar só, de ter o controle sobre os aspectos de sua vida que serão de conhecimento de outras pessoas, como dados relativos à profissão, por exemplo, às suas atitudes, à sua rotina. Na mesma linha, mas numa área mais restrita, segue o direito à intimidade que, por sua vez, como faz jus o nome, se refere aos aspectos mais íntimos da vida do indivíduo, como aquilo que acontece dentro de sua casa, como a sua vida sexual, seus dados bancários, suas ligações telefônicas.

A relação entre privacidade e intimidade pode ser ilustrada ao destacar a existência da “Teoria dos círculos concêntricos” (HEINRICH HENKEL, APUD DI FIORI, 2012, p. 02), que coloca a intimidade em um círculo dentro de um outro círculo maior (a privacidade), de maneira tripartite, o que denota que a intimidade abarca aspectos mais a respeito de alguém do que os aspectos relacionados à privacidade, ou seja, que tendem a ser mais confidenciais.

Nesse sentido, sobre a teoria trazida, a vida privada seria dividida em “vida privada em sentido estrito”, “intimidade” e “segredo” (o mais interno do círculo). Quanto mais para o “centro do círculo” for a invasão à vida privada de alguém nesta teoria ou, em outras palavras, quanto mais confidencial for o aspecto exposto desta pessoa, mais

consistentes devem ser as razões para violar a proteção conferida a estes direitos. Logo, quanto mais íntimas forem as informações, maior a necessidade de fundamentar a violação ao direito.

Ademais, a responsabilidade civil nos casos de violação aos direitos da personalidade no âmbito virtual vem sendo juridicamente tratada de acordo com a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, que responsabiliza não apenas aquele que escreveu o conteúdo violador, como também o proprietário do veículo informativo, *in verbis*:

São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de danos, decorrentes de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito, quanto o proprietário do veículo de informação.

Carlos Alberto Gonçalves (2018, p. 108) destaca, ainda, a proteção jurídica dos conteúdos disponibilizados na internet e da possibilidade, inclusive, de antecipação de tutela para redução/interrupção dos danos provocados, posto que nem sempre uma indenização pecuniária ou direito de resposta podem ser eficazes para reverter eventual exposição violadora de direitos:

Já se decidiu que o fato de as obras e informações transmitidas pela Internet estarem sob a forma digital não retira delas a característica de criação humana, passíveis de proteção jurídica, configurando a verossimilhança do direito alegado, hábil à antecipação de tutela.

Este entendimento encontra amparo legal no art. 12 do Código Civil, que trata sobre a possibilidade resguardar direito da personalidade e compensar os danos de eventuais violações, *ipsis litteris*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da

personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (TARTUCE, 2015, p. 95).

Há, portanto, a necessidade de se pautar as questões associadas à disposição dos direitos da personalidade na era digital e as reações da sociedade diante destas transformações, para estabelecer novos parâmetros de tutela neste campo relativamente novo no direito e que, apesar de não possuir jurisdição diversa do “mundo real”, tem a capacidade de surpreender os mais tradicionais com as novidades e naturalizações encontradas no decorrer deste trabalho.

Assim, com o contexto tecnológico atual, em que a internet representa um grande avanço para o mundo contemporâneo – no que diz respeito às interações sociais e de conhecimento mundial –, torna-se essencial o estudo e discussão das problemáticas que envolvem os direitos trabalhados neste tópico, a fim de relacioná-los com os novos hábitos e os novos costumes, promovendo, ainda que lentamente, a aproximação do direito com a realidade.

4 A REDE SOCIAL “FACEBOOK” E A CULTURA TECNOLÓGICA ATUAL

O *Facebook* é uma ferramenta virtual de socialização, muito utilizada nos dias atuais. Entre os jovens, é difícil encontrar quem não faça parte da rede social ou que não tenha com ela qualquer tipo de vínculo no presente, considerando o número de 2,13 bilhões de usuários

em todo o mundo alcançados até 2017¹, sendo 105 milhões apenas no Brasil², que atualmente conta com mais de 208 milhões de habitantes³.

Tão comum o *Facebook* como parte da rotina das pessoas, que estas se sentem à vontade para compartilhar aspectos diversos da sua vida e a de quem mais lhe interessar, sem maiores questionamentos a respeito do conteúdo ou de possíveis violações decorrentes daquilo que está ajudando a disseminar.

Este comportamento ocorre em virtude da popularização da *internet* e das possibilidades tecnológicas a que se tem acesso hoje em dia (*smartphones*, *tablets*, *notebooks*, computadores). Nesse sentido, cada indivíduo que possui algum destes instrumentos tem certo poder relativo ao mundo em sua volta, na medida em que pode compartilhar qualquer tipo de informação, inclusive imagens, vozes, tudo instantaneamente através da plataforma *Facebook* e, conseqüentemente, na *internet*.

Para alguns, mais tradicionais, esta situação pode ser um problema, um transtorno, uma invasão aos seus direitos da personalidade. Para outros, não apenas, mas principalmente os mais jovens, não passa de algo natural, que comumente acontece – divulgação de aspectos de sua vida na referida rede social.

Esta normalização da exposição se deve ao contexto tecnológico vivido no presente, no qual as pessoas estão tão imersas no

¹ Facebook chega a 2,13 bilhões de usuários em todo o mundo. Estadão. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,facebook-chega-a-2-13-bilhoes-de-usuarios-em-todo-o-mundo,70002173062>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

² Facebook se tornou maior rede social do mundo em uma década. IG. Disponível em: <<https://www.ig.com.br/tudo-sobre/facebook/>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

³ População do Brasil. IBGE. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

mundo virtual, situação proporcionada pelos equipamentos tecnológicos disponibilizados com cada vez mais facilidade e maior alcance, que não há – ou há pouco em relação ao todo – sequer reflexões sobre a informação que está sendo transmitida. Então, hoje, há pessoas que simplesmente não refletem sobre as consequências do mau uso das informações *online* ou apenas não consideram mais a mera exposição da imagem como mau uso das ferramentas (o que evidencia mudança cultural).

Porém, a doutrina atribui à privacidade algumas formas identificadas de violação a fim de aprimorar sua tutela, em tentativa de tornar mais objetiva a sua constatação (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 380, APUD NASCIMENTO, p. 23). Assim, de acordo com Bárbara Luiza Coutinho do Nascimento (2009, p. 23), referencial teórico que se aproxima das discussões sobre tecnologia e os direitos da personalidade presentes nesta pesquisa, há quatro formas de violação à privacidade:

1) Exposição pública de fatos privados: exposição de fatos privados sobre a vida de alguém que não sejam de interesse público, sejam verdadeiros, não sejam sabidos ou acessíveis ao público em geral e que sua divulgação seja altamente ofensiva a uma pessoa razoável;

2) Exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público: divulgação de informação falsa ou distorcida sobre uma pessoa e sobre o que o homem médio se sentiria ofendido;

3) Apropriação do nome e da imagem da pessoa, sobretudo para fins comerciais: é o uso do nome ou da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para proveito econômico de outra;

4) Intromissão na reclusão ou na solidão do indivíduo: esta intromissão tem foco nas atividades que coletam informações da vida do indivíduo e não que as disseminam. Isso ocorre pela intromissão intencional no direito da pessoa de ser deixada só, de forma que informações são “descobertas”, de forma que a dignidade da pessoa é afetada. Neste ponto, não é relevante se o assunto era para ser tratado de forma privada ou não, mas apenas se era razoável que a pessoa acreditasse que apenas quem estava diretamente envolvido conheceria do assunto.

NASCIMENTO (2009, p 25) salienta, ainda, que, quando há consentimento do indivíduo na exposição de informação privada sobre sua vida ou quando ele mesmo a torna pública, não poderá, após, alegar violação à privacidade por conta da divulgação de tais notícias. Esta pessoa poderia, neste caso, apenas estabelecer eventuais limites que, caso ultrapassados, configurariam a violação à privacidade, como a vedação ao uso comercial da informação.

Com relação às pessoas famosas, alerta NASCIMENTO (2009, p. 25), a proteção à privacidade é menos rígida, pois há alto grau de exposição pública, devido ao próprio modo de vida do indivíduo. Se for levada em consideração a Teoria dos Circulos Concêntricos trabalhada em tópico anterior, poder-se-ia dizer que os aspectos mais confidenciais da vida destas pessoas seriam mais reduzidos.

Os critérios apresentados acima serão, portanto, utilizados como base para a análise de dados e identificação de possíveis violações aos direitos da personalidade na página “Aviãozinho da UFBA” no *Facebook*, objeto desta pesquisa, em razão de possuírem a objetividade necessárias à efetiva verificação nas publicações, conferindo, ao final, maior credibilidade por possibilitar que qualquer interessado que se disponha a repeti-la encontre os mesmos resultados.

Desta forma, será possível ter uma compreensão mais próxima da realidade virtual nas redes sociais de entretenimento nos dias atuais, tendo como referência o objeto da presente pesquisa, e, assim, estabelecer parâmetros mais próximos à realidade do que vem a ser o homem médio em caso de violação de danos morais e atribuição de responsabilidade civil.

5 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS DADOS DA PÁGINA.

Discutidos os núcleos temáticos que envolvem o problema proposto, a saber, a verificação de ocorrência de violação ao direito à imagens e outros direitos personalíssimos, passa-se à tratativa do objeto deste trabalho.

A análise de dados para a presente pesquisa consistiu em observar uma a uma das publicações que possuem fotos na página do “Aviãozinho da UFBA” entre os dias 31 de janeiro de 2014 até 12 de maio de 2016, perfazendo o total de 99 publicações. O recorte temporal visou alcançar o período em que a página esteve mais ativa desde que iniciou e também agregar uma quantidade relevante de publicações com imagens para exame.

Assim, pois, buscou-se identificar se houve ou não violação a algum direito da personalidade (restringindo a análise à imagem, honra, privacidade, intimidade, devido ao objeto e o recorte da pesquisa), a partir de critérios objetivos adotados por NASCIMENTO (2009, p. 23), conforme tabela a seguir, que expõe os resultados obtidos a partir desta análise:

Legenda: ANÁLISE DE DADOS DA PÁGINA “AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK. Exposição pública de fatos privados (0); Exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (0); Apropriação do nome e da imagem da pessoa (0); Intromissão na reclusão do indivíduo (0);

ANÁLISE DE DADOS DA PÁGINA "AVIÃOZINHO DA UFBA" NO FACEBOOK				
Exposição pública de fatos privados	Exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público	Apropriação do nome e da imagem da pessoa	Intromissão na reclusão do indivíduo	Nenhuma violação dentre as anteriores
0	0	0	0	99

Nenhuma violação dentre as anteriores (99).

A tabela acima mostra resultado bastante significativo para a discussão proposta: de todas as 99 (noventa e nove) publicações como fotos analisadas, nenhuma violação aos direitos da personalidade foi encontrada, tendo como base os critérios utilizados (exposição pública de fatos privados; exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público; apropriação do nome e da imagem da pessoa; intromissão na reclusão do indivíduo).

São levantadas, para os fins desta pesquisa, duas hipóteses com objetivo de chegar a conclusão sobre o tema discutido e sua relação com o objeto analisado: 1) Seria o comportamento incentivado e realizado na página apenas uma brincadeira, decorrente das transformações socioculturais advindas com os avanços tecnológicos, não havendo, por conseguinte, violação aos direitos da personalidade; 2) Seria o caso de violação a tais direitos, especialmente à imagem, à honra, à privacidade

e à intimidade (uso indevido da imagem), devendo o universo jurídico tutelar este espaço virtual a fim de garantir sua proteção em todos os casos semelhantes.

Tais hipóteses visam contemplar duas possíveis visões extremas em relação aos direitos da personalidade e a sua disposição gratuita, sem consentimento, no mundo tecnológico presente: de um lado, a adequação às circunstâncias, relativizando tais direitos, tendo em vista o contexto e a naturalização da exposição; do outro lado, a necessidade de proteção a tais direitos, independentemente das circunstâncias da exposição, caso não a tenha provocado ou consentido, devendo o direito criar instrumentos mais rígidos de proteção.

Os dados encontrados levam a crer que a primeira hipótese prevaleceu, com a expressiva constatação de ausência de violação aos direitos da personalidade em todas as publicações examinadas, sendo, portanto, considerado um caso de “brincadeira”. Mas que tipo de brincadeira seria essa?

A fim de responder esta questão, alguns exemplos das publicações com fotos dizem o seguinte: *"Me deparei com um cara super parecido com Julian Casablancas hoje na biblioteca central. Preciso saber quem é esse cantor de Strokes brasileiro. Me ajuda, aviãozinho! Rs"* (**Figura I em anexo**); *"Bom dia Pequenino Avião, voando muito por aí?? Então, me ajuda a descobrir quem é esse príncipe que encontrei ontem na Faced, por volta de meio dia (queria até que ele fosse o meu almoço :x). Go, go, voa leve, voa alto e desembarca ele aqui!!!! P.s.: sigilo sempre né? Sou mulher"* (**Figura II em anexo**); *"Sigilo viu aviaozinho. Conta pra mim pelo amor de Deus! Quem é esse Deus grego da faculdade de arquitetura? Belo*

adormecido?” (Figura III em anexo); “Aviãozinho quem é essa gata qui pega cálculo A no PAF de ondina desde quando a vi me despertou vontade de conhecela” (Figura IV em anexo); “Olá aviãozinho!! Vi esse boy no vila Cancun neste sábado (04/07) e preciso saber quem é!! Quem souber, porfavor faça essa caridade por um coração doce que clama por ajuda, ahahaha (sigiloo)” (Figura V em anexo).

É possível perceber, através dos exemplos trazidos, que refletem o tipo de publicação geral que a página possui, como se dá a exposição da imagem do indivíduo nesta página do *Facebook* e como os textos são feitos de forma não ofensiva, com palavras demonstrando interesse e distribuindo elogios, restando evidente a naturalização da exposição no mundo virtual, não deixando de considerar que não há qualquer tipo de “pudor” ao mencionar e divulgar informações de outras pessoas e as reações do público nos comentários, além da reação das próprias pessoas fotografadas nos comentários, que riem e, muitas vezes, agradecem os elogios feitos.

Passando para a análise das imagens em cada um dos critérios, identifica-se, então, que nas publicações analisadas, não foram encontradas imagens em que haja exposição pública de fatos privados, primeiro critério proposto como parâmetro do presente trabalho. Entende-se como privado aquilo que não seja de interesse público, seja verdadeiro, já não seja sabido e acessível ao público em geral e que sua divulgação seja altamente ofensiva a uma pessoa razoável (NASCIMENTO, 2009, p. 22).

Continuando a análise, foi possível perceber que não houve também exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público (*false light*), segundo critério proposto. Entende-se como a divulgação de informação falsa, distorcida sobre um indivíduo, de forma que um homem médio se sentiria ofendido (NASCIMENTO, 2009, p. 23).

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

Quanto a apropriação do nome e da imagem da pessoa, terceiro critério utilizado na análise, também não foi uma violação constatada nas publicações da página em questão, sobretudo para fins comerciais (não há finalidade econômica nas exposições nem na página). Compreende-se que é o uso ou do nome ou da aparência de uma pessoa, sem seu consentimento, para o benefício econômico de outra (NASCIMENTO, 2009, p. 23).

Neste caso, há que se ponderar que, apesar de não haver autorização das pessoas fotografadas e expostas na página, não houve utilização dos nomes e das imagens para qualquer finalidade comercial, além de não haver publicações ofensivas ao homem médio. Mais uma adaptação, como resta inequívoco, do direito à nova realidade, que traz consigo um grau maior de exposição.

Por fim, não houve violação no que diz respeito à intromissão na solidão ou na reclusão do indivíduo, o que quer dizer que este último critério utilizado na análise tem como foco atividades que coletam informações sobre o indivíduo, e não as que disseminam; se dá pela intromissão intencional no direito de outra pessoa de ser deixado só, em seus assuntos ou preocupações privadas, de forma que a dignidade do indivíduo é afetada (NASCIMENTO, 2009, p. 23). Esta teria sido a violação mais clara, mas não houve nenhum tipo de invasão na vida da pessoa fotografada, pois não havia necessidade de permissão para o acesso à informação divulgada.

Todas as constatações feitas existem devido ao contexto tecnológico presente, pela era digital e velocidade das informações, pela superficialidade do que é exposto, além da ausência de reflexão sobre o que é transmitido.

As pessoas são estimuladas o tempo inteiro a divulgar sua rotina, aquilo que faz de interessante e algo para chamar atenção, mesmo que por apenas dez segundos, como acontece em uma rede social chamada *SnapChat* ou outra mais atual chamada *Instagram*, através de mecanismo de nome *Story*. Este estímulo se dá pela disseminação de *smatphones*, pelo fácil acesso à internet, pela quantidade de redes sociais com estes propósitos disponíveis, pela complexidade do mundo ocidental moderno e pela própria transformação cultural ocorrida nos últimos anos, em que os contatos entre as pessoas e o mundo devem ser mais breves e mais frequentes, forçando com que tudo durante um dia possa se tornar uma notícia ou um evento a ser divulgado ao público.

Nesse sentido, as pessoas criam cada vez mais ferramentas de “contatos” virtuais, trocando pelos contatos presenciais, e isso não soa estranho para aqueles que estão se desenvolvendo em meio a estas ferramentas, pois é algo naturalizado para esta geração, de uma forma geral.

Então, uma mera demonstração de interesse por alguém de forma pública, mesmo com toda a exposição, acaba sendo valorizada por muitas pessoas, que gostam de “ser notícia” e de participar das publicações não relevantes para o público, mas que fazem parte da massa de notícias estimuladas a serem criadas. Seria também possível ampliar esta discussão para constatar o porquê desta carência e necessidade de exibição proliferada principalmente entre os mais jovens atualmente, mas este já seria objeto de um outro trabalho e que envolveria o campo da psicologia.

Em face de tudo o quanto exposto e discutido, se faz necessária a distinção entre “interesse público” e “interesse do público”. O primeiro é caracterizado como aquilo que é de fato relevante para a vida

das pessoas, as informações úteis e necessárias, enquanto o segundo se qualifica como aquilo que seria curioso apenas, o entretenimento a partir de notícias que nada se relacionam com a vida do referido público. As informações divulgadas nas publicações trazidas configuram o caso da segunda hipótese, o interesse do público em se distrair, principalmente.

Outro fator que influencia no resultado desta pesquisa é a falta de expectativa de privacidade nos locais em que as pessoas são fotografadas e expostas. Normalmente, são locais como o campus da Universidade Federal da Bahia (espaço público com grande circulação de pessoas, principalmente jovens), as festas nela realizadas, o Buzufba (ônibus interno da UFBA), entre alguns outros locais públicos. Como não há esta expectativa, as pessoas não são fotografadas ou descritas em situações constrangedoras, por exemplo, já que em locais públicos e de grande circulação, os comportamentos são condicionados à imagem em que o indivíduo espera transmitir.

Porém, há algo em que se ponderar: alguns comportamentos são condicionados à imagem em que a pessoa gostaria de passar para aquele local específico, como na Universidade, mas não gostariam de passar em casa, por exemplo, ou em outro ambiente em que possa ter um hábito diverso. Aqui fala-se de autonomia em relação à construção da própria personalidade, através do uso e molde da imagem. Para levar esta discussão a um ponto mais concreto, segue exemplo que despertou este questionamento:

Querido Aviãozinho, peço-lhe, encarecidamente, para descobrir quem é a menina pela qual descreverei agora: Uma moça de média estatura, quadris largos, óculos de armação preta (está

sempre com eles), cabelos extremamente cacheados negros (sempre soltos), que sinceramente são os cabelos mais lindo que já vi! E tem um piercing nos lábios superiores. Sempre que a vejo, a mesma está fumando nos arredores da Faculdade de Letras. Geralmente, ela está de legging ou de short. Mas, eventualmente, está de saia ou de vestido. Nesse dia, ela estava de saia marrom e de casaco preto, com a bolsa de calouro de 2013. Faço as palavras de Charlie Brown Jr as minhas: Eu posso te ligar a qualquer hora, mas eu nem sei o seu nome. Se não é eu, quem vai fazer você feliz? – Proibida pra mim. Obs: ANÔNIMO, POR FAVOR!! (Figura VI em anexo).

A legenda desta publicação revelou algumas informações que são da vida privada da menina em questão, como, por exemplo, a informação que ela fuma todos os dias em determinado local. Problematizando, é possível refletir que ela poderia querer esta informação recolhida ao espaço em que revolveu expressar este seu hábito, mas alguém a fotografou e divulgou esta informação a todas as pessoas que acessam a página, indiscriminadamente.

Então, neste caso, há a ponderação que levou a considerar esta imagem como não violadora dos direitos da personalidade com base nos critérios anteriormente citados: apesar de o hábito de fumar ser aspecto da vida que a pessoa pode não querer expor para certo conjunto de pessoas e que, o fato de ela estar em local público não seria uma permissão tácita para esta divulgação, o contexto tecnológico atual mitiga qualquer expectativa de privacidade em locais públicos de grande circulação. Sendo assim, como o ambiente que ela se encontrava no momento do registro não era de qualquer forma restrito, onde

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

qualquer pessoa poderia ter acesso a esta informação, ela estaria sujeita às exposições características da sociedade atual e do espaço da Universidade, especialmente pela massiva presença de celulares equipados com câmeras.

Também há que se ponderar que não há finalidade lucrativa em nenhuma das publicações da página, o que mudaria completamente a discussão deste trabalho. Não há publicidade nem cobrança de qualquer valor na página. O fato de não haver este intuito é comprobatório do objetivo de entretenimento do “Aviãozinho da UFBA” e, portanto, a situação de “brincadeira” na qual se encontra esta página após toda a análise realizada.

Há que enfrentar, ainda, entendimento diverso do desenvolvido até o momento trazido por Chiara Spadaccini de Teffé (2017, p. 194), que entende pela necessidade de proibição de uso da imagem de terceiros, mesmo quando não houver violação à honra envolvida, à boa fama ou à respeitabilidade do indivíduo, nem mesmo a necessidade de comprovação de lucro daquele que chama de ofensor, restando configurado o dever de indenização por dano moral à “vítima” sem a necessidade de comprovar a lesão.

Este entendimento se baseia em precedentes jurisprudenciais da década de 1990 e do início do século XXI, como o Recurso Extraordinário 215.984 (2002), que presume haver, em regra, desconforto, aborrecimento ou constrangimento com a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não.

Ocorre que o contexto em que foi proferida esta decisão é completamente diferente daquele analisado neste trabalho, pois a tecnologia à disposição das pessoas evoluiu e aumentou drasticamente

desde então, além das transformações sociais decorrentes desta mudança. Observe-se que sequer existia o *Facebook* nesta época e as pessoas não tinham acesso tão facilitado às câmeras e à rede mundial de computadores.

Logo, não é razoável que se mantenha postura tão rígida diante das publicações de meras fotografias que não têm a comprovação de lesão à honra, à reputação ou o auferimento de lucro por terceiro, considerando a necessidade do direito de caminhar no sentido das novas relações sociais. Em verdade, supõe-se o verdadeiro fortalecimento da “indústria do dano moral”, caso haja presunção de dano pela mera ocorrência do fato como sustenta a autora, pois, como se constatou da análise das publicações da página do “Aviãozinho da UFBA”, não há qualquer manifestação de insatisfação de nenhuma pessoa pelas publicações realizadas.

Assim, a partir da análise e discussão dos dados trazidos, é, portanto, possível concluir que não há critério que enquadre a página objeto desta pesquisa como violadora de direitos da personalidade, tendo sido escolhida, dentre as hipóteses levantadas no projeto, a que a configura a conduta estudada como “brincadeira”.

6 CONCLUSÃO

Com esteio em tudo o quanto discutido neste trabalho, as informações apresentadas e as ponderações feitas, é possível concluir que o “Aviãozinho da UFBA” no Facebook é uma brincadeira feita pelos estudantes da Universidade Federal da Bahia, que não mais consideram a mera exposição da imagem com a finalidade de

proporcionar entretenimento não ofensivo e não lucrativo como violação a direito qualquer.

Mesmo considerando que as imagens expostas e as características dos hábitos e da rotina alheia são apresentadas publicamente sem autorização expressa em meio de comunicação virtual, disseminando informações sobre certa pessoa, o que se percebe é o não enquadramento das publicações analisadas em quaisquer das formas de violação aos direitos da personalidade apresentados no texto (exposição pública de fatos privados; exposição do indivíduo a uma falsa percepção do público; apropriação do nome e da imagem da pessoa; intromissão na reclusão do indivíduo).

É necessário reconhecer que os tempos mudaram e que o código civil, quando diz, no art. 20 “**Salvo se autorizadas**, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a **exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa** poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais”, precisa ser interpretado de acordo com as transformações socioculturais decorrentes do avanço e disseminação da tecnologia.

Os conceitos dos direitos da personalidade estão se transformando junto com a sociedade e o seu desenvolvimento cultural e tecnológico. A imagem, a honra, a privacidade e a intimidade, por amplos que ainda sejam, não abrangem mais diversos aspectos da vivência social e o objetivo deste trabalho consistiu em demonstrar e discutir este fato. As pessoas possuem, hoje, outra visão quando se diz

respeito à exposição, que não apenas a simples divulgação de aspectos físicos e habituais.

Então, a mera exposição da imagem, sem fins lucrativos, em locais onde não há expectativa de privacidade, não ofende mais o homem médio atual, que está acostumado com a sociedade da informação que transforma tudo aquilo que faz parte do seu cotidiano em notícia e valoriza aspectos da vida individual sem qualquer relevância pública (o “interesse do público”). Tal fato, então, naturaliza a exposição, não causando maiores transtornos às pessoas envolvidas.

O que pode acontecer, em regra, é o incômodo, o dissabor, caso o perfil do indivíduo seja mais recluso ou tenha hábitos mais tradicionais. Porém, diante do contexto tecnológico presente e os mais recentes costumes e pensamentos culturais, o homem médio passa a ser aquele que não se incomoda com esta situação, pois invoca sensibilidade que foge do naturalizado no presente.

Evidentemente, caso seja de interesse do titular da imagem utilizada, há o direito em requerer a interrupção do seu uso, o que não acarreta a configuração de dano moral indenizável *in re ipsa*, ou seja, sem a devida comprovação das lesões.

É proposta, então, uma atualização da discussão a respeito do homem médio quando se trata dos direitos da personalidade nos moldes trazidos neste trabalho.

Não há ainda jurisprudência consolidada no aspecto específico relativo às características do objeto analisado: o “Aviãozinho da UFBA” – página em rede social –, que não possui finalidade lucrativa, com objetivos de entretenimento, expõe imagens com textos não ofensivos, tiradas em locais públicos e divulgadas de forma anônima.

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

Desta forma, esta é uma discussão ainda mais relevante, não apenas pela mudança de paradigma proposta, mas por se tratar de aspectos inerentes ao ser humano, suas características pessoais, do seu corpo, seu sentimento, seu íntimo, aspectos que o faz ser individual e completamente relacionados à dignidade da pessoa humana.

Por fim, percebe-se que os tempos mudaram. Desde o Código Civil de 2002, que prevê a necessidade de autorização para a (mera) exposição de imagens, até os dias atuais, o desenvolvimento e disseminação de novas tecnologias, além da popularização de redes sociais, ocasionou uma familiarização com a exposição da imagem e, por conseguinte, não ofensa a honra, a privacidade e a intimidade. É fundamental e necessário seguir estudando e analisando os casos sociais a fim de gerar subsídios atualizados para eventuais regulamentações que, supõe-se, ainda virão.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Roxana C.B.. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI FIORI, Bruno Henrique. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br> Acesso em: 14 abr. 2018.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – Responsabilidade civil, vol. 4.** 10ª ed, São Paulo. Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Bárbara L. C.. **Liberdade de expressão, honra e privacidade na internet: a evolução de um conflito entre direitos fundamentais.** Dissertação, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA, Bruna Thacianne De Araújo; MURTA, Diego Nobre. **O direito da imagem nas redes sociais.** Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/335465-o-direito-da-imagem-nas-redes-sociais>> Acesso em: 14 abr. 2018.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Notas acerca do direito à privacidade na internet: a perspectiva comparativa.** Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1165/1098>> Acesso em 14 abr. 2018.

SOUZA, Andréa Santana Leone de. **Direitos da personalidade e autonomia privada: a situação da criança que se encontra em situação de intersexo.** 2015. Tese (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br>> Acesso em: 14 de abril de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil, vol. único.** 15ª ed. São Paulo: Método, 2015.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet.** RIL Brasília, a. 54, n. 213, jan./mar. 2017, p. 173-198. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf> Acesso em: 17 de agosto de 2019.

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

ANEXOS

FIGURA I



Aviãozinho da UFBA

28 de fevereiro · Salvador, Bahia · 🌐

"Me deparei com um cara super parecido com Julian Casablancas hoje na biblioteca central. Preciso saber quem é esse cantor de Strokes brasileiro. Me ajuda, aviãozinho! Rs"



👍 Curtir 💬 Comentar ➦ Compartilhar

👍 😂 🤔 Uriel Torres, Andreza Santana e outras 229 pessoas

Ordem cronológica ▾

“AVIÃOZINHO DA UFBA” NO FACEBOOK: BRINCADEIRA OU USO INDEVIDO DA IMAGEM? UM ESTUDO SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTEXTO TECNOLÓGICO ATUAL

FIGURA II



Aviãozinho da UFBA

3 de setembro de 2014 · 🌐

"Bom dia Pequenino Avião, voando muito por aí??
Então, me ajuda a descobrir quem é esse príncipe que encontrei ontem na Faced, por volta de meio dia (queria até que ele fosse o meu almoço :x).
Go, go, voa leve, voa alto e desembarca ele aqui!!!!
P.s.: sigilo sempre né? Sou mulher"



👍 Curtir 💬 Comentar ➦ Compartilhar

👤 Vanessa Leão, Luniza Carvalho e outras 375 pessoas

FIGURA III



Aviãozinho da UFBa

17 de junho de 2014 · 🌐

"Querido Aviãozinho, peço-lhe, encarecidamente, para descobrir quem é a menina pela qual descreverei agora: Uma moça de média estatura, quadris largos, óculos de armação preta (está sempre com eles), cabelos extremamente cacheados negros (sempre soltos), que sinceramente são os cabelos mais lindo que já vi! E tem um piercing nos lábios superiores. Sempre que a vejo, a mesma está fumando nos arredores da Faculdade de Letras. Geralmente, ela está de legging ou de short. Mas, eventualmente, está de saia ou de vestido. Nesse dia, ela estava de saia marrom e de casaco preto, com a bolsa de calouro de 2013. Faço as palavras de Charlie Brown Jr as minhas: Eu posso te ligar a qualquer hora, mas eu nem sei o seu nome. Se não é eu, quem vai fazer você feliz? – Proibida pra mim.

Obs: ANÔNIMO, POR FAVOR!!"



👍 Curtir 💬 Comentar ➦ Compartilhar

👍 11

A RESPONSABILIDADE JURÍDICO-PENAL DO COMPLIANCE OFFICER PELAS INFRAÇÕES COMETIDAS NO ÂMBITO DA PESSOA JURÍDICA

*Luiza de Sena Góes Leal**

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo fazer um breve apontamento do atual estágio da discussão a respeito da responsabilidade penal do *compliance officer* pelas infrações cometidas no âmbito das pessoas jurídicas no direito brasileiro. Para tanto, foram feitas inicialmente considerações acerca do surgimento e do que são sistemas de *compliance*, demonstrando a importância desses elementos na atualidade e a necessidade de sua implantação no contexto do mundo globalizado. Por conseguinte, expomos o regulamento normativo existente sobre o tema, adentrando na análise da Lei Anticorrupção, com o propósito de compreender seus reflexos nas pessoas jurídicas e nos programas de *compliance*. Em seguida, partimos à análise da figura do *compliance officer* através do estudo de suas funções, deveres e poderes, a fim de definir o papel que o mesmo exerce dentro da empresa. Nesse diapasão, emerge a discussão a respeito das consequências jurídico-penais para o *compliance officer* pela omissão no cumprimento do seu dever de controle e vigilância, perpassando pela análise da figura do garantidor na teoria do delito, com o escopo de definir a natureza jurídica da posição assumida pelo *compliance officer* na empresa. Desse modo, estabelecem-se os limites e alcance da sua responsabilização, expondo diferentes teorias sobre o tema e adotando um posicionamento quanto à possibilidade de responsabilização penal do mesmo, trazendo à tona as possíveis soluções acadêmicas face à problemática exposta.

* Graduanda em direito na Universidade Federal da Bahia. Endereço eletrônico: luizasenaleal@gmail.com.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico; *Compliance officer*; Responsabilidade; Crimes omissivos impróprios; Figura do garantidor.

ABSTRACT: The purpose of this study is to give a brief account of the current stage of the discussion regarding the criminal responsibility of the compliance officer for infractions committed in the scope of legal entities in Brazilian law. In order to do so, we initially considered the emergence and compliance systems, demonstrating the importance of these elements in the present time and the need for their implementation in the context of the globalized world. Therefore, we present the existing normative regulation on the subject, entering into the analysis of the Anti-Corruption Law, in order to understand its reflexes in legal entities and compliance programs. Then, we start analyzing the figure of the compliance officer through the study of their functions, duties and powers, in order to define the role that the same performs within the company. In this context, the discussion about the legal-penal consequences for the compliance officer for the omission in the fulfillment of his duty of control and surveillance emerges, going through the analysis of the guarantor figure in the theory of crime, with the scope of defining the legal nature of the position assumed by the compliance officer in the company. In this way, we establish the limits and scope of its accountability, exposing different theories on the subject and adopting our position regarding the possibility of criminal responsibility of the same, bringing to light the possible academic solutions to the exposed problem.

Keywords: Economic Criminal Law; *Compliance officer*; Responsibility; Improper crimes; Guarantor.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O que é compliance; 2.1 Regulamento normativo sobre a matéria; 2.1.1 A lei anticorrupção; 3 A figura do compliance officer; 3.1 Funções do compliance officer; 3.1.1 Projeto idôneo; 3.1.2 Implementação adequada; 3.1.3 Controle interno; 3.2 A inobservância do dever de controle e a omissão penalmente relevante; 3.2.1 A posição de garantidor na teoria do delito; 3.2.1.1 Pressupostos fundamentais; 3.2.1.1.1 Poder agir; 3.2.1.1.2 Evitabilidade do resultado; 3.2.1.1.3 Dever de impedir o resultado; 3.2.1.1.3.1 Uma análise sobre a alínea “b” do artigo 13 do Código Penal; 4 A discussão sobre a possibilidade de responsabilização penal do compliance officer pelo não cumprimento dos deveres de vigilância; 4.1 O compliance officer é um garantidor? 4.1.1 A tese do garantidor por delegação; 4.1.1.1 Garante de proteção ou garante de vigilância? 4.1.1.2 Teoria do conceito indiferenciado de omitente; 4.1.1.3 Teoria dos delitos de infração de dever; 4.2 Da responsabilidade penal do compliance officer pela omissão no cumprimento do dever de vigilância; 5 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

No fim do século XX, com o crescimento da ideologia econômica neoliberal e a consolidação do sistema capitalista, nações de todo o mundo viram a necessidade de expandir seus mercados e conquistar novos consumidores. Para tanto, realizaram uma grande quebra de fronteiras nacionais, intensificando a integração das relações

socioespaciais em escala mundial, instrumentalizada pela conexão entre países e pessoas de diferentes partes do globo terrestre.

No que tange ao direito penal, o processo de globalização intensificou e tornou mais complexas as relações sociais, possibilitando o aparecimento de novas práticas delitivas dentro das empresas e transnacionais.

Diante dessa nova conjuntura do direito penal, verificou-se que havia uma enorme dificuldade em identificar fatos delituosos cometidos no âmbito empresarial, bem como seus autores, em decorrência da divisão funcional do trabalho que se tornou um obstáculo à individualização de determinadas condutas.

Assim, diante da possibilidade da prática de condutas ilícitas diretamente ligadas às relações econômicas e financeiras, emerge uma discussão inovadora no âmbito da dogmática penal a respeito da importância da implantação de um novo modelo de gestão empresarial, o criminal *compliance*.

Com a implementação do sistema de *compliance*, deixou-se de pensar no direito penal sob um viés apenas punitivo individual para valorizar um direito penal preocupado com a prevenção. Desse modo, passou-se a exigir, principalmente no Direito Penal Econômico, uma postura diferente frente às novas relações de mercado e práticas delitivas que surgiam, mediante a assunção de preceitos éticos e cumprimento normativo prévio por parte das empresas com o objetivo de autorregular-se.

Nesse contexto, percebe-se o alvorecer de um novo cenário no direito penal preocupado com a prevenção de ilícitos que possam prejudicar a própria instituição, evitando a ocorrência de atos de

corrupção, danos ambientais, acordos para formação de cartéis, colocação de produtos e serviços nocivos no mercado, entre outros, de modo a defender os interesses da empresa e impedir danos à Administração Pública, bem como a terceiros.

O tema, ainda em desenvolvimento devido à sua atualidade, não possui uma jurisprudência consolidada nos Tribunais pátrios, enquanto a doutrina permanece na tentativa de assentar um entendimento, engajando-se no estudo do assunto, vez que é possível verificar sua especial relevância do ponto de vista prático, haja vista a crescente visibilidade e importância do regime de *compliance* dentro do mercado financeiro, econômico e, conseqüentemente, para o Direito Penal.

Isto posto, o presente artigo tem por objetivo delimitar as atribuições do *compliance officer*, bem como sua responsabilidade jurídico-penal pelas infrações cometidas no âmbito da pessoa jurídica no Brasil, para estabelecer se o mesmo assume, ou não, o papel de garantidor da inócorência de condutas delitivas dentro das corporações.

2 O QUE É COMPLIANCE

A palavra *compliance* se origina no verbo inglês “*to comply*” que significa “agir de acordo com uma regra, uma instrução ou a pedido de alguém” (GLOECKENER, 2014, p. 2).

Segundo Figueiredo (2015), no ramo empresarial o *Compliance Program* ou Programa de Comprometimento pode ser entendido como o dever das instituições de cumprir e estar em

consonância com o ordenamento, por meio da criação de um código de conduta interno, proibindo-se condutas arriscadas e estruturando uma cultura ética na empresa, verificando e sancionando os comportamentos desviados.

Desse modo, o *compliance* representa um sistema de organização e direção de empresas, fazendo com que estas estejam sempre de acordo com os regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição, configurando-se como uma espécie de mandamento ético regulado pelo direito econômico, sendo fundamental no âmbito das práticas negociais da atualidade.

Portanto, um programa de *compliance* eficaz é, em verdade, um mecanismo interno implementado pela própria empresa que antecipa, detecta e previne a ocorrência de condutas delituosas dentro da corporação (WELLNER, 2005, p. 500).

Silveira e Saad-Diniz (2015, p. 113) explicam o propósito dos referidos programas:

(...) de maneira geral, refletem uma ideia de autorregulação regulada de pessoas jurídicas vistas como empresas com o propósito básico de se evitar o cometimento de ilícitos. Como se sabe, conforme seja a dimensão posta, resposta penal aos ilícitos no âmbito empresarial pode se dar mediante responsabilizações individuais ou de pessoas jurídicas.

Na ideia de Kuhlen (2013, p.51), os programas de *compliance* configuram “as medidas mediante as quais as empresas pretendem assegurar-se que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para

seu pessoal, e que, por igual, se descubram e se sancionem as eventuais infrações a tais regras”.

Logo, a partir do exposto, infere-se que *compliance* é a adoção de um comportamento empresarial de compromisso com o ordenamento jurídico, tendo como objetivo a prevenção de crimes numa perspectiva *ex ante*, visando impedir a responsabilização de agentes ou da instituição financeira por meio da utilização de métodos que evitem a prática delitiva.

Todavia, o programa de *compliance* não é capaz de criar uma barreira inexpugnável ao crime, mas figura, ao menos, como elemento restritivo do mesmo (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015), promovendo-se uma gestão de riscos de natureza penal e possibilitando um maior controle das instituições financeiras e econômicas.

2.1 Regulamento normativo sobre a matéria

Em ambos os diplomas normativos é estabelecido um sistema de controle de riscos oriundos das atividades financeiras e econômicas, implementando, inclusive, a responsabilização da diretoria das referidas instituições (GLOECKENER, 2014).

Posteriormente, com o advento da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), em vigor desde 29 de janeiro de 2014, instituiu-se a responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos que seus funcionários e prepostos possivelmente cometam contra a Administração Pública nacional e estrangeira (SION; RECHULSK, 2014).

Sobre o disposto, Bacigalupo (2011) assevera que no atual contexto da atividade econômica, em que os gestores tomam decisões quase às cegas, essa crescente normatização do mercado global trará como consequência a aplicação de sanções administrativas e penais em caso de descumprimento das normas, aumentando o risco de responsabilização das empresas.

Por conseguinte, a atuação empresarial, de modo a tentar impedir a ocorrência de infrações, deve ser levada em consideração no momento de avaliar a sua responsabilidade jurídica, desde que verificada a real eficiência do programa de *compliance* implantado.

Logo, resta claro que a Lei 12.846/13 promoveu uma verdadeira reviravolta no criminal *compliance*, eis que a implantação do regime de *compliance* nas empresas e o papel desenvolvido pelo *compliance officer* tornaram-se questões de fundamental importância.

Com efeito, no contexto atual, no qual se propaga a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, tornou-se indiferente a comprovação da intenção de seus diretores em realizar ou mandar alguém realizar determinado ato ilícito, isto é, mesmo que não seja comprovado o dolo ou a culpa do agente ao cometer a conduta delitiva, a pessoa jurídica será responsabilizada objetivamente. Por conseguinte, a própria empresa se tornará a maior interessada em promover a fiscalização e vigilância dentro da sua estrutura.

Desse modo, implementou-se uma série de deveres no âmbito intraempresarial que serviram de estímulo para a criação de novas práticas corporativas e de um novo padrão de conduta no âmbito das relações de mercado, com o intuito de evitar o cometimento de ilícitos e a consequente responsabilização da pessoa jurídica.

2.1.1 A lei anticorrupção

Promulgada em 1º de Agosto de 2013, num contexto de constante insatisfação da sociedade com os recorrentes escândalos de corrupção no país, a Lei Anticorrupção traz à baila a questão dos *compliance programs* (FIGUEIREDO, 2015).

O referido diploma legal tem o escopo de positivar a punição em desfavor de pessoas jurídicas por atos de corrupção, fraude à licitação, entre outras hipóteses de lesões à administração pública, trazendo inúmeras inovações para o direito brasileiro, uma vez que endurece as sanções, prevê a possibilidade de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, e passa a considerar a adoção de programas de *compliance* como atenuantes na aplicação de penas às mesmas (FIGUEIREDO, 2015).

Desse modo, consagra a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica na esfera administrativa e civil pelos atos lesivos previstos na lei praticados em seu interesse ou benefício, bem como a responsabilidade individual e subjetiva dos dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural que venha a realizar ou participar do ato ilícito.

Nessa esteira, a Lei Anticorrupção passou a utilizar como critério para imposição de sanções à pessoa jurídica a adoção de determinadas condutas capazes de comprovar o seu comprometimento em evitar a ocorrência de infrações, como “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e

de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII, Lei n. 12.846/2013).

Isto posto, é possível verificar a importância para a pessoa jurídica de incorporar as recomendações éticas constantes nos seus códigos de conduta, uma vez que estes podem demonstrar a postura da empresa diante da ocorrência de uma possível infração, abrandando, ou até mesmo afastando a sua responsabilização civil e administrativa.

Portanto, nota-se que com o advento da Lei 12.846/13, foi imposto às pessoas jurídicas o dever de autofiscalização e adoção de comportamentos éticos, passando a atuar em colaboração com os órgãos de persecução do estado no sentido de evitar infrações.

Em 2015, após intenso apelo popular, foi publicado o Decreto Federal nº 8420/15, regulamentando o novo sistema anticorrupção, demonstrando a necessidade de alinhar os *compliance programs* a fim de que se tornassem mecanismos efetivos de prevenção da prática delituosa (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015), possibilitando, assim, que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas que os implementaram fosse atenuada.

Todavia, cumpre ressaltar, não há uma imediata correspondência entre o *non compliance* e a punibilidade da conduta, tampouco *comply* significa automaticamente ausência de punibilidade, sendo necessário garantir a real efetividade do programa para que seja possível levá-lo em consideração no momento de atribuir a responsabilidade da pessoa jurídica (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015).

3 A FIGURA DO COMPLIANCE OFFICER

O *compliance officer* é o indivíduo que aplica o programa de *Compliance* junto às empresas, sendo o responsável, em razão de contrato ou situação de fato, por preservar os interesses da companhia, realizando a prevenção às fontes delituosas dentro da própria pessoa jurídica.

Desse modo, o *compliance officer* configura-se como o funcionário que efetuará o controle interno da referida empresa, tendo por principal objetivo a devida implementação e cumprimento dos códigos assumidos de acordo com a regulamentação do Estado (SILVEIRA; SAAD DINIZ, 2015).

Demais disso, a função do *compliance officer* envolverá não somente a disseminação das normas de integridade de conduta aos funcionários da empresa, mas, principalmente, implementará controles efetivos de governança empresarial e fiscalizará sua real aderência.

Portanto, o *compliance officer* deve conhecer os princípios e diretrizes que regem o ramo da empresa para poder cumprir com sua função de prevenir o cometimento de delitos, e, caso sejam cometidos, facilitar a apuração dos mesmos. Para tanto, adotará códigos de conduta, métodos de fiscalização interna e instruirá funcionários, a fim de que estes conheçam as regras e atuem de acordo com os princípios éticos (SION; RECHULSK, 2014).

A partir daqui, seu papel torna-se de fulcral relevância para o Direito Penal Econômico, uma vez que, em não cumprindo ou cumprindo seu papel de maneira insuficiente, o *compliance officer* poderá dar ensejo à aplicação de sanções administrativas e civis mais gravosas à empresa, bem como poderá ser eventualmente responsabilizado subjetivamente por suas omissões (SION; RECHULSK, 2014).

Nesse íterim, é importante ter em mente que para que o *compliance officer* possa cumprir com suas funções de maneira eficaz, é preciso que haja um total apoio do mais alto escalão da empresa (proprietário, CEO, presidente ou equivalente), que deve engajar-se na causa, promovendo os pilares do programa em atividades práticas e fomentando a sua comunicação em todos os níveis hierárquicos da corporação (GIOVANINI, 2014).

É o que chamamos de *tone at the top*, que pode ser explicado pela expressão “o exemplo vem de cima” (GIOVANINI, 2014), traduzindo a ideia de que para uma real efetividade e relevância dos programas de *compliance* dentro da pessoa jurídica é necessário que haja o comprometimento da alta direção da empresa fornecendo um verdadeiro suporte ao programa.

Em outras palavras, apenas instituir e dizer que apoia o programa não é suficiente para sua efetividade, uma vez que os gestores precisam verdadeiramente incorporar os princípios instituídos pelo programa e efetivamente exercê-los, para que os demais funcionários se espelhem e sigam o exemplo dado por seus chefes, transformando, assim, a empresa num ambiente ético e íntegro (GIOVANINI, 2014).

3.1 Funções do *compliance officer*

O *compliance officer* pode assumir diferentes funções no âmbito do programa de cumprimento de acordo com a organização de cada empresa e da legislação vigente. Todavia, Bermejo e Palermo (2013), afirmam que, em regra, a atuação do *compliance officer* dentro do programa se dá em três etapas: projeto, implementação e controle interno.

3.1.1 Projeto idôneo

O *compliance officer* será o responsável pela criação do projeto do programa, que deve atender aos parâmetros de qualidade impostos pela lei e pelo código de conduta da empresa, devendo, em regra, passar pela aprovação da direção da empresa (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Com efeito, nesta etapa o *compliance officer* é responsável por criar um projeto idôneo, isto é, que se mostre apto a cumprir com os objetivos para o qual foi criado de: identificação, controle e informação dos riscos à pessoa jurídica.

Desse modo, se o *compliance officer* apresentar um projeto de um programa inadequado a cumprir com sua finalidade preventiva, mostrando-se inidôneo, poderá ser responsabilizado juridicamente, desde que a direção da empresa o tenha aprovado pautada no Princípio da Confiança, sem agir com negligência para com seus deveres (BERMEJO; PALERMO, 2013).

3.1.2 Implementação adequada

Após a apresentação de um projeto idôneo, o *compliance officer* deverá realizar uma adequada implementação do programa, garantindo a sua aplicação na empresa e promovendo o cumprimento do mesmo por todos os membros da corporação (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Para isso, o *compliance officer* deve realizar a difusão do programa e a devida capacitação dos funcionários e da alta direção da

empresa para que comecem a agir de acordo com as regras e preceitos estabelecidos no programa, respeitando a legislação e os códigos de conduta internos da pessoa jurídica.

Nessa etapa, a responsabilidade jurídica do *compliance officer* dar-se-á caso realize uma implementação inadequada do programa, com uma insuficiente difusão e capacitação dos funcionários e implantação de sistemas de análise de riscos deficiente (BERMEJO; PALERMO, 2013).

3.1.3 Controle interno

Por fim, o *compliance officer* terá a função de controlar o efetivo cumprimento do programa pelos membros da organização, verificando se as normas já devidamente projetadas e implementadas estão sendo seguidas e respeitadas (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Nessa etapa, o fundamento da responsabilização do *compliance officer* consiste em não centrar esforços para prevenir o cometimento de ilícitos concretos por parte dos órgãos e funcionários da empresa (BERMEJO; PALERMO, 2013). Isto é, o *compliance officer*, apesar de criar um projeto idôneo e implementar devidamente o programa, infringe seu dever de controle e vigilância diante da ocorrência de uma infração.

3.2 A inobservância do dever de controle e a omissão penalmente relevante

Nesse contexto, emerge a discussão no Direito Penal Econômico a respeito da possibilidade de responsabilização penal do *compliance officer* pelo descumprimento do seu dever de vigilância, isto é, se a omissão do *compliance officer* diante da ocorrência de infrações dentro da empresa poderá trazer consequências criminais ao mesmo.

De acordo com Bitencourt (2013), o Direito Penal é composto por normas proibitivas e imperativas e que a violação de normas imperativas, isto é, que ordenam determinada ação, configura-se como o cerne dos crimes omissivos. Desse modo, os crimes omissivos configuram-se quando o sujeito não realiza o que pode e tem a obrigação de fazer.

Tal categoria divide-se em crimes omissivos próprios e impróprios. Os primeiros possuem tipos penais específicos e se caracterizam por serem crimes de mera conduta, como, por exemplo, a omissão de socorro prevista no artigo 135 do Código Penal Brasileiro (BITENCOURT, 2013).

Em contrapartida, os crimes omissivos impróprios, inserem-se na tipificação comum dos crimes de resultado. Nesse caso, não há, em verdade, uma causalidade fática, mas jurídica, em que o sujeito devendo e podendo não impede o resultado, tornando-se autor (BITENCOURT, 2013).

Segundo Prado (2010), o que caracteriza essa espécie delitiva é exatamente a transgressão do dever jurídico de evitar o resultado a que se estava obrigado, não configurando crime a infração de deveres éticos ou morais.

Portanto, trata-se de delito especial, uma vez que só podem ser realizados por determinados sujeitos que possuem uma especial relação de proteção com o bem jurídico, sendo, por isso, chamados de garantidores (PRADO, 2010).

É nesse cenário que surge com notória importância a figura da omissão penalmente relevante do *compliance officer*, a fim de determinar se o seu dever de garantir a integridade da estrutura corporativa, torna-o garantidor da não ocorrência de condutas delituosas.

3.2.1 A posição de garantidor na teoria do delito

A figura do garantidor surgiu na Teoria do Delito como fruto de elaboração doutrinária e jurisprudencial que determinou situações nas quais o agente tem o dever de evitar o resultado, uma vez que no Código de 1940 não havia norma legal que previsse o referido instituto, passando a ser expressamente regulado apenas em 1984, com o advento da Reforma Penal (BITENCOURT, 2013),

Com efeito, o referido diploma legal, agora atualizado, estabeleceu a quem incumbe esse dever de evitar o resultado, isto é, quem são os indivíduos que possuem uma relação tão especial com o bem jurídico tutelado, que acabam tornando-se responsáveis por garantir sua integridade.

3.2.1.1 Pressupostos fundamentais

Para que determinado indivíduo se encaixe na condição de garantidor, Bitencourt (2013) estabeleceu três pressupostos fundamentais, quais sejam:

3.2.1.1.1 Poder agir

Obviamente, para que determinado indivíduo seja responsabilizado por uma omissão, é necessário que esta seja voluntária, isto é, é preciso que o sujeito tenha a possibilidade de agir para que se configure a omissão penalmente relevante (BITENCOURT, 2013).

Resta claro, portanto, que além do dever de agir, deve haver a possibilidade física de agir, para que se possa afirmar que o sujeito não agiu voluntariamente.

3.2.1.1.2 Evitabilidade do resultado

Outrossim, além da possibilidade de agir, deve-se verificar se a realização da conduta devida seria capaz de evitar o resultado, pois, só assim, a omissão poderá ser considerada causa desse resultado.

Todavia, se o resultado ocorreria de qualquer forma, isto é, se a conduta devida não seria capaz de evitar a ocorrência do resultado, conclui-se, portanto, que não há uma relação de causalidade entre a omissão e o resultado, não podendo atribuir a responsabilidade ao omitente (BITENCOURT, 2013).

3.2.1.1.3 Dever de impedir o resultado

Por fim, ainda que o sujeito pudesse agir e evitar o resultado com a sua conduta, é imprescindível o seu dever de evitar o resultado, isto é, um especial dever de impedi-lo que o tornasse garantidor da sua não ocorrência (BITENCOURT, 2013).

Cedendo à já existente e antiga elaboração doutrinária, com a Reforma Penal de 1984, o legislador regulou a figura do garantidor,

especificando as hipóteses em que há o dever de agir do sujeito para evitar o resultado, estabelecendo na alínea “b”, do art. 13, §2º, do nosso diploma penal, que tem o dever de agir, inclusive, quem por outra forma diferente da lei tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado.¹

3.2.1.1.3.1 Uma análise sobre a alínea “b”, §2º, do artigo 13 do Código Penal

O dispositivo legal em epígrafe determina que todos aqueles que concorrem para a prática de crime respondem nas penas a ele previstas na medida de sua culpabilidade, inclusive por omissão quando podia e tinha o dever de impedir um determinado resultado.

Neste ponto, trazemos à baila a discussão a respeito da responsabilização daqueles que de alguma outra forma diferente da lei, assumiram o dever de impedir resultados lesivos a bem jurídicos tutelados, mas se omitem na sua função.

Por muito tempo a doutrina majoritária estabeleceu que o especial dever de cuidado desse dispositivo é decorrente de relação contratual. Nesse sentido segue o entendimento de Prado (2002, p. 77):

Em nível de tipicidade, faz-se mister a concorrência de uma situação típica; da não realização de uma ação evitadora do resultado; da capacidade concreta de ação (conhecimento da

¹ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Relevância da omissão. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

situação típica e do modo de evitar o resultado/possibilidade real de fazê-lo.

Todavia, o contrato não esgota todas as possibilidades de assunção de responsabilidade, uma vez que mesmo sem a existência de um contrato o sujeito pode ter assumido, de fato, a responsabilidade para com outrem.

Nessa Linha de raciocínio, Cezar Roberto Bitencourt (2013) entende que se encaixa na situação de garantidor, de acordo com o referido dispositivo legal, quem se coloca voluntariamente na situação de garante, assumindo por qualquer meio esse compromisso, ainda que de forma transitória, pelo espaço de algumas horas.

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2008), a responsabilidade de impedir o resultado pode ser assumida por ato de vontade do garantidor, seja contratual ou extracontratual, em que a assunção fática da proteção é decisiva, porque a confiança na ação do garante cria relações de dependência e encoraja a exposição a riscos que, de outro modo, seriam evitados.

4 A DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* PELO NÃO CUMPRIMENTO DOS DEVERES DE VIGILÂNCIA

Como pode-se observar, a responsabilidade penal dos indivíduos que desenvolvem suas tarefas no âmbito de pessoas jurídicas foi profundamente alterada diante do surgimento do fenômeno autorregulatório (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Segundo Sánchez (2013), surgem dois efeitos decorrentes da responsabilidade penal por atos ilícitos na empresa: por um lado, os novos deveres do governo corporativo com respeito à autorregulação empresarial e, por outro, o fenômeno crescente da existência de pessoas que dentro da empresa têm apenas a função de controlar, supervisionar ou vigiar que não se infringam as regras internas estabelecidas para o cumprimento das normas.

No que tange ao *compliance officer*, para que seja possível determinar o efeito dessa autorregulação na sua responsabilidade penal é preciso compreender o alcance das suas competências.

4.1 O *compliance officer* é um garantidor?

Tem crescido a discussão a respeito da possibilidade do *compliance officer* ser considerado garantidor dos danos derivados da atividade empresarial que caem em seu âmbito de controle. Em regra, a sua possível responsabilização derivará da sua omissão no controle da atividade dos empregados e dos processos da empresa.

O tema ainda é muito controvertido na doutrina e jurisprudência, existindo diferentes correntes e opiniões acerca da possibilidade, ou não, de responsabilização penal do *compliance officer* diante do descumprimento do seu dever de controle e vigilância.

4.1.1 A tese do garantidor por delegação

O ponto de partida das diferentes correntes que defendem inúmeras possibilidades de responsabilização do *compliance officer*

pelas infrações cometidas por terceiros no âmbito na empresa, é, na maioria das vezes, o mesmo: a tese do garantidor por delegação.

De acordo com essa teoria defendida por Sánchez (2013), Bermejo e Palermo (2013), os titulares dessa posição de garante são os membros da direção da entidade, já que são eles quem decidem acerca do domínio de uma fonte de perigo.

Por conseguinte, uma vez que o *compliance officer* assume contratualmente tais funções de controle e vigilância, próprias da direção, supõe-se também a delegação da posição de garante.

Todavia, segundo a teoria, a delegação não extingue totalmente a posição de garante, na verdade, a transforma. Com efeito, a direção da empresa, que é o garante primário, seguirá sendo, em todo caso, o garante mediato, cujo dever de vigilância consiste na observação do cumprimento do substituto. Este, por sua vez, terá a plena responsabilidade do garante desde a aceitação de sua posição, até o momento de devolvê-la ao garante primário (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Assim, os programas de cumprimento devem estabelecer as competências e funções da direção e do *compliance officer*, de modo que determinem quais são as expectativas normativas de cada um dos papéis instituídos na empresa, bem como as instâncias de controle interno e externo.

Nesse sentido, a infração de dever restará definida pelas normas autorregulatórias da empresa, ao estabelecer um sistema formal de divisão de funções que deverá ser levado em conta no momento de imputar responsabilidade penal (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Na medida em que a empresa diminui a segurança na prevenção dos delitos que podem ser cometidos em seu âmbito e delega esta função preventiva ao *compliance officer*, este adquire competência em virtude da assunção da responsabilidade.

Por conseguinte, a partir do reconhecimento da função de garante assumida pelo *compliance officer*, surgem diferentes correntes a fim de definir o alcance e de que forma este substituto poderá ser responsabilizado.

4.1.1.1 Garante de proteção ou garante de vigilância?

Um setor da doutrina inspirada na Teoria das Funções fundada por Armin Kaufmann distingue a responsabilidade do omitente como autor ou partícipe, segundo o tipo de posição de garante que este último tenha infringido (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Assim, se o omitente é garante de proteção tem a seu cargo a missão de proteger o bem jurídico sujeito a seu cuidado ante eventuais danos. Logo, se não evita a afetação do bem, podendo fazê-lo, responde como autor dessa lesão de comissão por omissão (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Em contrapartida, se o omitente é garante de vigilância, isto é, se só tem o dever de manter inacessível ao alcance de terceiros determinados objetos perigosos, não será autor, mas apenas partícipe do ato delitivo que cometa o autor mediante a utilização desses objetos (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Dito brevemente, de acordo com tal teoria, se considerarmos que o *compliance officer* é garante de proteção, a infração de seus deveres conduz a uma responsabilidade por autoria, no entanto, se o considerarmos garante de controle ou vigilância a infração desses

deveres só pode gerar responsabilidade como partícipe do delito não evitado.

4.1.1.2 Teoria do conceito indiferenciado de omitente

De acordo com a Teoria do conceito indiferenciado de omitente, não cabe distinção entre autores e partícipes nos delitos omissivos impróprios, isto é, de comissão por omissão, uma vez que são delitos de infração de dever, de modo tal que o garante não pode ser partícipe, mas apenas autor do delito cuja realização não evitou (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Segundo essa opinião, nesta classe de delitos, o domínio do ato carece de relevância como critério delimitador entre autoria e participação, pois se considera que os delitos de comissão por omissão são estruturalmente delitos de infração de dever, razão porque só pode ser autor quem infringe esse dever extrapenal assegurado pelo tipo (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Em síntese, para o conceito indiferenciado de omitente, enquanto garantidor, o *compliance officer* não pode ser partícipe, mas sim autor do delito a respeito do qual tenha o dever de prevenir.

4.1.1.3 Teoria dos delitos de infração de dever

Segundo essa teoria de Roxin, existem delitos nos quais o autor caracteriza-se não pelo domínio do ato, mas pela infração de um dever positivo especial em virtude do qual está obrigado a melhorar o âmbito de organização de outra pessoa ou de uma instituição estatal (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Nesta classe de delitos, quem infringe esse dever personalíssimo é autor, ainda que careça do domínio do ato e ainda que

a sua colaboração seja equivalente ao de um mero partícipe. Em contrapartida, quem carece desse dever especial, é considerado partícipe, mesmo que tenha o domínio do ato e sua participação material ao sucesso lesivo tenha a relevância de uma participação de autor (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Está claro que os deveres de controle e vigilância que infringem o *compliance officer* não pertencem ao âmbito destes deveres positivos, mas ao das relações negativas entre as pessoas: as empresas podem administrar livremente seu âmbito de organização desde que dessa organização não se derivem danos para terceiros. Logo, através da não prevenção dos delitos que se cometem no âmbito da empresa, o *compliance officer* infringe o dever negativo de não danar a outro (BERMEJO; PALERMO, 2013).

4.2 Da responsabilidade penal do *compliance officer* pela omissão no cumprimento do dever de vigilância

É certo que diante das inúmeras transformações decorrentes do mundo globalizado e com o surgimento de novos modelos de gestão corporativa, as empresas passaram a ter o dever de organizar um sistema de prevenção de delitos, mediante a realização de um controle interno da atuação de seus administradores e subordinados.

Todavia, entendemos que essa função de prevenção própria dos órgãos superiores da empresa é delegável a terceiros, internos ou externos à pessoa jurídica.

Isto é, seguimos o entendimento de Sánchez (2013), no sentido de que a empresa pode transferir, ou melhor, delegar a gestão do

programa de cumprimento ao *compliance officer* que adquire, assim, a posição de garante por assunção.

Por conseguinte, em grandes empresas, o próprio *compliance officer* pode delegar a competência e funções recebidas a seus próprios funcionários em cada etapa de implementação do programa, o que dará lugar, evidentemente, a uma nova estrutura de delegações de controle e vigilância.

Vale ressaltar, todavia, que as funções de vigilância, mesmo delegadas, também correspondem à direção da empresa, que deve auxiliar e fiscalizar o *compliance officer* na sua função, eis que permanece como garante mediato, não ficando isento de ser responsabilizado.

Agora bem, nem toda transferência de deveres fundamenta também uma posição de garantia em sentido jurídico-penal. Em regra, é a relação especial de confiança que leva quem transfere a colocar nas mãos do obrigado especiais deveres, como acontece com a empresa que contrata um *compliance officer* (PRITTWITZ, 2013).

No entanto, para determinar os limites e alcance desse dever de garante do *compliance officer*, é necessário definir o concreto círculo de deveres que assumiu o encarregado, centrando-se nas relações especiais da empresa e no fim da missão confiada (PRITTWITZ, 2013).

Para tanto, é de fundamental importância definir o conteúdo das funções delegadas ao *compliance officer*, estabelecendo se o mesmo configura-se como um garantidor de vigilância ou um garantidor de proteção, isto é, se a sua posição de deveres como encarregado se esgota unicamente em aperfeiçoar os processos internos da empresa e em descobrir e evitar no futuro as infrações de dever dirigidas contra a

mesma, ou se o encarregado tem deveres mais amplos, de modo que atuará impedindo e reprovando as infrações do direito que surjam na corporação (PRITTWITZ, 2013).

Afinal, dizer que tanto o garante de proteção como o de vigilância estão ao serviço da proteção de bens jurídicos, é, em si, uma argumentação correta, mas também trivial, uma vez que passa por alto, sem fundamentação alguma, das diferenças realmente existentes entre os institutos de garantas (PRITTWITZ, 2013).

De acordo com a corrente inspirada na Teoria das Funções de Armin Kaufmann, o garante de proteção é aquele que tem o dever de proteger o bem jurídico, evitando a ocorrência de um resultado lesivo. Logo, será responsabilizado penalmente como autor se devia e podia evitar a ocorrência do dano (BERMEJO; PALERMO, 2013). Sobre isso, não há nenhuma dúvida.

Diante de tal classificação, podemos concluir que o dito Garante de Proteção mencionado é, em verdade, o autêntico garantidor previsto no nosso código penal em seu artigo 13, §2º.

Em contrapartida, segundo a teoria, o Garante de Vigilância é aquele que apenas tem o dever de manter inacessível ao alcance de terceiros determinados objetos perigosos, e, portanto, não será autor, mas apenas partícipe do ato delitivo que cometa o autor mediante a utilização desses objetos (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Nesse ponto, é válida a crítica a referida corrente, vez que ao considerar-se que o indivíduo é um garantidor, seja de proteção seja de vigilância, supõe-se que o mesmo possui um especial dever de cuidado com o bem jurídico tutelado, ainda que estabelecido contratualmente, e, portanto, será autor ou coautor do crime, mas jamais partícipe.

É certo que a competência e funções contratualmente assumidas do *compliance officer* podem variar de acordo com a legislação ou a própria organização da pessoa jurídica, podendo estender-se ou contrair-se segundo o grau de intervenção que tenha na empresa (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Todavia, não basta por suposto para configurar a sua responsabilidade penal a mera celebração de um contrato. O determinante para a fundamentação de uma posição de garante é a assunção efetiva do círculo de deveres, isto é, é preciso determinar não só o âmbito de competência definido contratualmente, mas os que efetivamente assumiu perante a empresa (PRITTWITZ, 2013).

Portanto, se o fundamento da posição de garante está definido pelo contrato, resulta necessário, ainda assim, que o *compliance officer* que celebrou o mesmo, tenha agregado a ele a real assunção de tais âmbitos de deveres (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Logo, entendemos que a capacidade do *compliance officer* não pode ser superestimada, pois ainda que haja assumido contratualmente o dever de deter ou evitar certos atos que podem constituir a comissão de ilícitos, em regra, ele não possui o poder de evitá-los, uma vez que se configura como mero funcionário contratado ou prestador de serviços à empresa, necessitando do apoio do alto escalão da mesma para realizar a suas atividades.

Tendo em vista que para o ordenamento jurídico brasileiro só se encaixa na condição de garantidor estabelecida pelo Código Penal (aqui falamos em garante de proteção) aquele que tem o dever e o poder de evitar o resultado, o nosso diploma legal traz como requisito necessário para a assunção da posição de garante a capacidade de agir de maneira eficaz contra a conduta lesiva, evitando-a.

Desse modo, ainda que o *compliance officer* assumisse contratualmente a função de garante de proteção, no maior das vezes estará exercendo efetivamente a função de um mero garante de vigilância, uma vez que lhe falta capacidade de agir na evitação ou contra o crime, estando a sua função direcionada ao reporte do mesmo à direção da empresa.

Por conseguinte, incumbirá ao *compliance officer* a gestão dos métodos de controle estabelecidos no programa de cumprimento, a fim de prevenir a ocorrência de delitos. Porém, se mesmo assim vierem a ocorrer infrações no âmbito da empresa, o *compliance officer* deverá preocupar-se em conhecer o problema e transmiti-lo aos seus superiores a fim de que se corrijam as condutas defeituosas ou o estado de coisas perigosas constatados (SANCHÉZ, 2013).

Portanto, a consequência necessária da identificação de tais atos ou processos delituosos, deve ser um relatório imediato por parte do *compliance officer* à direção da empresa, para que seja ela quem resolva a respeito do ato relatado (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Pode-se observar que tanto no caso da empresa como no dos empregados, diretores e do *compliance officer*, as normas autorregulatórias coadunam a determinar a infração de dever: se infringem as normas esperadas no seu projeto ou implementação, ou se descumprem as regras de conduta e procedimentos estabelecidos nos programas corretamente projetados, existirá um indício veemente da criação de um risco juridicamente desaprovado, que poderá ter relevância jurídico-penal (BERMEJO; PALERMO, 2013).

Isto posto, infere-se que haverá uma infração de dever se diante da ocorrência de condutas delituosas na empresa o *compliance officer*

omitir-se, não relatando à direção para que a mesma tome as providências cabíveis.

No entanto, vale ressaltar, que a infração dos deveres que lhe incumbem não geram, necessariamente, uma responsabilidade penal para o *compliance officer*, uma vez que diante da ausência de previsão legal de crime omissivo próprio para o encarregado que se omite na sua função de controle e vigilância, a infração de seus deveres não pode ser punida em si mesma, devendo de fato ocorrer um delito para que possa ser responsabilizado.

Logo, para que recaia uma responsabilidade penal sobre o *compliance officer*, faz-se necessária a ocorrência de determinado resultado lesivo, isto é, em primeiro lugar, que um membro da empresa cometa um delito doloso, à exceção do caso que o delito em questão admite a modalidade culposa; e que o *compliance officer* atue dolosa ou culposamente, omitindo-se diante da infração.

No caso da modalidade culposa, a doutrina brasileira, à unanimidade, admite a coautoria culposa, rechaçando, contudo, a participação. Pode existir, na verdade, um vínculo subjetivo na realização da conduta, que é voluntária, inexistindo, contudo, tal vínculo em relação ao resultado, que não é desejado. Os que cooperam na causa, isto é, na falta do dever de cuidado objetivo, agindo sem a atenção devida, são coautores (BITENCOURT, 2013).

5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho realizamos uma breve análise acerca do entendimento atual sobre a responsabilidade penal do

compliance officer pelos crimes cometidos no âmbito das pessoas jurídicas no Brasil.

Para tanto, empreendemos inicialmente esforços no sentido de compreender o que são os *compliance programs* e o seu surgimento, nos fins do século passado, decorrente das diversas mudanças na economia ocasionadas pelo fenômeno da Globalização.

Como consequência, nasceu a necessidade de se criar novas facetas de controle da economia, implantando nas empresas o que chamamos de *Compliance Programs* ou Programas de Comprometimento, a fim de estabelecer regras de segurança internas em consonância com as transformações ocorridas externamente, detectando e prevenindo que condutas criminosas ocorram dentro da pessoa jurídica de modo a garantir a integridade corporativa.

Seguimos nosso estudo fazendo uma análise a respeito da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que trouxe o instituto da responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas por infrações cometidas por seus prepostos e funcionários.

Por conseguinte, o referido diploma legal passou a estimular as pessoas jurídicas a implementarem programas de *compliance* na sua estrutura organizacional, adotando códigos de ética e de conduta com o fim realizar uma gestão de riscos e, ao mesmo tempo, demonstrar às autoridades o seu comprometimento em evitar a ocorrência de infrações, podendo ter suas sanções abrandadas.

Todavia, para que as consequências à pessoa jurídica sejam minimizadas, faz-se necessário que o programa implementado seja verdadeiramente eficaz.

Em seguida, analisamos a figura do *compliance officer*, o indivíduo que trabalha no programa de *compliance* junto às empresas, tornando-se responsável por preservar os interesses da companhia por meio da prevenção de perdas e controle de fontes delituosas dentro da própria pessoa jurídica.

O *compliance officer* implementará códigos de conduta internos, princípios éticos e diretrizes a fim de prevenir o cometimento de delitos dentro da empresa através da instrução e fiscalização dos funcionários. Todavia, caso ainda assim ocorram infrações, o *compliance officer* terá por função atuar facilitando a identificação das mesmas.

Desse modo, estabelecemos as funções e deveres do *compliance officer* no âmbito da pessoa jurídica para que seja possível alcançar o objetivo almejado de prevenir a ocorrência de condutas delituosas, quais sejam: criar um projeto idôneo a ser implantado na empresa; realizar a adequada implementação do programa; e por fim, controlar e vigiar o cumprimento do mesmo a fim de verificar se o projeto criado e implementado está sendo seguido e respeitado pelos funcionários da empresa.

A respeito desta última etapa de suas funções, emerge a questão a respeito da possibilidade de responsabilização penal do *compliance officer* se este infringir seu dever de controle e vigilância, omitindo-se diante da ocorrência de uma infração que chegue ao seu conhecimento.

Para tanto, adentramos na análise da figura do garantidor na teoria do delito, a fim de estabelecer a natureza jurídica da posição assumida pelo *compliance officer* dentro da empresa, e, assim, poder determinar se o mesmo se configura como garantidor à luz do art. 13,

§2º, b, do Código Penal, estabelecendo se a sua omissão diante da ocorrência de condutas delitivas é penalmente relevante.

Por fim, concluímos expondo alguns entendimentos doutrinários nacionais e internacionais como a tese do Garantidor por Delegação, a Teoria do Conceito indiferenciado de Omitente e a Teoria dos Delitos de Infração de dever, realizando a diferenciação entre o garante de proteção e o garante de vigilância, a fim de consubstanciar a posição adotada, estabelecendo os limites para uma eventual responsabilização do *compliance officer* diante da inobservância de seu dever de controle e vigilância.

Em síntese, entendemos serem pressupostos para uma possível responsabilização criminal do *compliance officer*: a análise das funções efetivamente assumidas pelo mesmo, ainda que tenham sido outras as estabelecidas contratualmente; a prática de uma conduta delituosa dentro da empresa; e a existência de um comportamento doloso ou culposo – cujo dolo ou culpa possa provar-se – do *compliance officer*, omitindo-se no seu dever de informar a direção da empresa da ocorrência do crime que chegou ao seu conhecimento, ocasionando um resultado lesivo para a pessoa jurídica, para terceiros ou para a administração pública.

Isto posto, entendemos que a questão que resume a polêmica da responsabilidade jurídico penal do *compliance officer* baseia-se, essencialmente, na percepção de que o mesmo não configura um garante de proteção, mas sim garante de vigilância, uma vez que não possui o dever e a capacidade de evitar a ocorrência de condutas delituosas no âmbito empresarial, mas apenas o dever de informar à direção da empresa a respeito de tais fontes de perigo, podendo ser responsabilizado caso se omita no cumprimento de tal função.

Neste caso, será responsabilizado como coautor do delito praticado, uma vez que a empresa, ao contratar o *compliance officer*, baseia-se numa relação de estrita confiança com o mesmo, que ao adquirir as funções delegadas pela direção da empresa, assume a posição de garantidor, passando a possuir um especial dever de cuidado com o bem jurídico tutelado, qual seja, a integridade corporativa.

Outrossim, a omissão dolosa ou culposa do *compliance officer* só é penalmente relevante se houver a ocorrência de algum resultado lesivo decorrente do descumprimento do seu dever, uma vez que não há previsão legal de crime omissivo próprio para o *compliance officer* que se omite no cumprimento de seus deveres, podendo, no máximo, ocasionar uma responsabilização civil para o mesmo.

Por fim, resta claro que estes pressupostos de punibilidade estabelecidos limitam e restringem a possibilidade de responsabilização do delegado de vigilância, de forma que na ausência de qualquer deles não há que se falar em responsabilidade jurídico-penal do *compliance officer*, pois, do contrário, estaríamos implementando um verdadeiro sistema de imputação objetiva, estritamente vedado no ordenamento jurídico brasileiro no que tange às pessoas físicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y derecho penal**. Editorial Arazandi, 2011.

BERMEJO, Mateo G. PALERMO, Omar. La intervención delictiva del compliance officer. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan

Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid, Editora Marcial Pons, 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 19 ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. 2015.

GIOVANINI, Wagner. **A excelência na prática**. 2014. Disponível em:

https://www.compliancetotal.com.br/compliance/come_from_the_top. Acesso em 10.07.16 às 09:15.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen Gloeckner. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>. Acesso em: 30.03.15, às 21:30.

KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid, Editora Marcial Pons, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo de Oliveira. **Compliance officer e a responsabilidade penal**. 2014. Disponível em: <http://www.liraa.com.br/conteudo/2564/compliance-officer-e-a-responsabilidade-penal>. Acesso em 30.03.2015 às 21:20.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 77.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 5. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 3. Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid, Editora Marcial Pons, 2013

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral** – 3. ed. – Curitiba: ICPC; Lumens Juris, 2008.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar (eds.). MONTIEL, Juan Pablo (eds). GIMENO, Iñigo Ortiz De Urbina (eds). **Compliance y teoría del Derecho Penal**. 1. Ed. Madrid, Editora Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SION, Alexandre; RECHULSK, David. **As Responsabilidades na nova lei anticorrupção**. 2014. Disponível em: http://sionadvogados.com.br/site/wpcontent/uploads/2014/07/INCON_SULEX_28_temadaseman_a_3a4.pdf. Acesso em 30.03.2015, às 21:48.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardoso Law review**, p. 500. Disponível em: www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf. Acesso em: 01.04.2015 às 18:35.

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS CAUSAS DE IMPEDIMENTO DO CASAMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO “NOVO DIREITO DE FAMÍLIA”

*Marina Fernanda Silva de Oliveira**

RESUMO: As causas de impedimento do casamento estão previstas no art. 1.521 do Código Civil Brasileiro e dizem respeito às proibições impostas às pessoas que pretendem casar. Assim, somente são considerados válidos os casamentos que respeitam tais normas, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato matrimonial. Não se tem muito material escrito sobre o tema, pois as causas de impedimento são normas positivadas e aceitas pelo grupo social hegemônico, eis que pautadas em valores morais amplamente compartilhados. Ocorre que, nos últimos anos, houve grandes mudanças nos paradigmas de família e casamento e, na tentativa de acompanhar a realidade, surgiu um “Novo Direito de Família”, pautado no princípio da afetividade, que, apesar de ainda não acolhido pela legislação, vem dominando as decisões jurisprudenciais. Nessa seara é que se discute a pertinência das causas de impedimento matrimonial ainda em vigor e a sua compatibilidade com o contexto atual da sociedade brasileira, a partir de uma visão de defesa da intervenção mínima do Estado na vida do indivíduo e da total separação entre religião e Direito.

Palavras-chave: Estado. Casamento. Religião. Direito de Família. Impedimento.

ABSTRACT: The causes of impediment of marriage are provided in article 1.521 of the Brazilian Civil Code and relate to the prohibitions

*Graduanda pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Endereço eletrônico: marii_fs@hotmail.com

imposed on persons intending to marry. Thus, only those marriages that comply with these norms are considered valid, whose nonobservance entails the nullity of the marriage act. There is not much written material on the subject, because the causes of impediment are rules and accepted by the hegemonic social group. Also, they are based on widely shared moral values. However, in recent years, there have been great changes in the paradigms of family and marriage and, in an attempt to keep up with reality, a "New Family Law" emerged, based on the principle of affection which, although not yet accepted by legislation, has dominated the jurisprudential decisions. In this sense, we discuss the pertinence of the causes of marital impediment still in force and its compatibility with the current context of Brazilian society, based on a vision of defense of the minimal intervention of the State in the individual's life and of the total separation between religion and law.

Keywords: State. Marriage. Religion. Family Law. Impediment.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Direito de Família e o Matrimônio; 3 As causas de impedimento do casamento civil; 4 Os impedimentos matrimoniais do Direito Canônico; 5 A intervenção do Estado na vida do indivíduo; 6 Uma análise crítica do art. 1521 do Código Civil; 7 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as causas de impedimento do casamento presentes no Código Civil, realizando uma busca histórica pelo que motivou o legislador a estabelecer tais proibições, para, ao

final, concluir sobre a necessidade e pertinência dessas normas no ordenamento jurídico atual.

Inicialmente, cumpre realizar uma abordagem histórica da temática, com o intuito de tentar responder questionamentos acerca de como surgiram as causas de impedimento matrimonial, o por quê delas terem sido pensadas e qual seria a sua função primordial.

A partir desta análise, discorre-se sobre a influência da moral cristã na escolha das causas de impedimento do matrimônio, demonstrando como as proibições civis se assemelham àquelas previstas no Direito Canônico, mesmo o Brasil sendo um Estado laico. Isto para que se possa compreender a participação da religião, notadamente a católica, na construção e manutenção das hipóteses de impedimento matrimonial do Direito Civil Brasileiro. Em seguida, aborda-se a ingerência do Estado na vida e intimidade do indivíduo, tolhendo-lhe, em muitos aspectos, a liberdade de escolha, a partir da regulamentação do Direito de Família e da própria constituição do que vem a ser família e casamento.

Por fim, prossegue-se para uma crítica às causas de impedimento em vigor, a partir de uma visão constitucional do Direito de Família, pautada no princípio da afetividade, bem como a parte de uma ótica de defesa da intervenção mínima do Estado na esfera particular do cidadão. Espera-se, pois, verificar a plausibilidade das causas de impedimento do matrimônio ainda existentes, levando em consideração todas as mudanças sociais e jurídicas ocorridas.

2 O DIREITO DE FAMÍLIA E O MATRIMÔNIO

O matrimônio no Direito de Família se traduz na figura do casamento, ato solene que comporta uma fase de habilitação e de celebração. O Código Civil não traz em si o conceito de casamento, contudo, delimita, no art. 1.511, as finalidades desse instituto, aduzindo que este “estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. A Constituição Federal, por sua vez, em seu art. 226, §5º expõe como princípio basilar do casamento a igualdade entre os cônjuges.

Conceituar o ato matrimonial não é algo comum nas legislações, não se encontrando tal definição em muitos códigos, como o francês, o italiano, o espanhol e o alemão (COELHO, OLIVEIRA, 2006, p. 184). Isso pode ser explicado pelo fato do casamento não ter um conceito fixo, eis que é um instituto mutável, que varia conforme a dinâmica dos fatos sociais, alterando conseqüentemente seu conceito ao longo dos anos. Uma exemplificação das mudanças temporais do casamento são as características de indissolubilidade e necessidade de gêneros opostos. No passado, caso fosse necessário conceituar o casamento, tais características apareceriam na sua definição, o que não mais se sustenta, haja vista a existência do divórcio e do casamento homoafetivo.

Na contramão das legislações, a doutrina sempre sentiu a necessidade de trazer um conceito claro e específico do que seria o casamento, o que perpassou a necessidade de definir a sua natureza jurídica. Em regra, no Brasil, existem basicamente duas correntes principais sobre a natureza do casamento. A primeira delas, encabeçada por Clóvis Beviláqua (1977, p. 518), Silvio Rodrigues (2006, p. 20) e Pontes de Miranda (2002 p. 96-97), entende o casamento como um contrato, enquanto a segunda, defende ser este um ato jurídico, tendo como expoentes os juristas. Paulo Lobo (2008, p. 76) e Francisco

Amaral (2000, p. 171-172). Há ainda uma minoria doutrinária, na qual se encontra Maria Helena Diniz (2007, p. 35) e o ilustre Washington de Barros (1999, p.13), que afirma que o casamento é uma instituição.

Quem classifica o casamento como ato jurídico complexo e solene assim o faz, em regra, por entender que tal instituto convive com consequências previamente estabelecidas em lei e necessita sempre da intervenção de uma autoridade pública para se concretizar. Nessa linha de raciocínio, Martins (2001, p. 5) sintetiza aduzindo que o casamento é um ato jurídico solene no qual as partes adquirem deveres e direitos específicos que causam repercussões em outras searas do Direito, constituindo-se, por exemplo, como impedimento do depoimento judicial e fonte do direito hereditário.

Não se pode olvidar, todavia, a existência da figura jurídica do contrato pré-nupcial que, por vezes, altera as determinações legais acerca do casamento, bem como o quanto já rebatido por Clóvis Beviláqua (1980, p. 524) que aduz que “o pronunciamento da autoridade celebrante tem caráter meramente declaratório, constituindo simples homologação da vontade dos nubentes, pois é esta manifestação que forma o vínculo matrimonial”.

Por outro lado, é latente a pertinência dos argumentos da corrente contratualista, em especial àqueles trazidos por Pablo Stolze, que entende que o casamento afigura-se como uma especial modalidade de contrato, qualificada pelo Direito de Família. Posição essa que é adotada nesse artigo, eis que compartilhamos dos ensinamentos deste eminente doutrinador acerca da natureza jurídica do casamento. Em suas palavras:

[O casamento é] Contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam

uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres recíprocos e em face dos filhos, permitido, assim, a realização dos seus projetos de vida. (STOLZE, 2012, p.116-117).

Ainda no que diz respeito ao conceito de casamento, é preciso diferenciá-lo da união estável. Esta última, considerada por alguns como um “casamento precário”, difere do casamento basicamente pela ausência de determinadas formalidades. Ou seja, não existe uma diferença material propriamente dita, pois tanto para a caracterização da união estável, quanto para o casamento é necessário haver publicidade da relação, ser ela contínua e duradoura e haver o objetivo de constituir uma família. O que existe entre os dois institutos é uma distinção pautada em aspectos formais, visto que para haver o casamento é preciso ter um processo de habilitação (art.1.525 a 1.532 do CC) e uma celebração (art. 1.533 a 1.542 do CC), o que não é necessário para a configuração da união estável. Consequentemente, as formas de dissolução de ambos institutos também diferem entre si.

No que se refere aos defeitos do casamento, o casamento pode ser nulo, anulável ou ainda inexistente. Nesse último, o vício não diz respeito ao plano da validade, mas ao da existência. Nesse caso, não se considera sequer que houve casamento. A doutrina, de uma forma geral, eleca como hipóteses de casamentos inexistentes aqueles nos quais há identidade de sexos, em que não houve a fase da celebração e quando há total ausência de consentimento de uma ou ambas partes.

Esses casamentos não exigem, sequer, a ação de nulidade propriamente dita. Pode o interessado, porém, requerer declaração ao juiz, que, examinando o título e a situação de fato, dirá se é

inexistente ou não, isto é, se a situação tem ou não existência legal. Não pode o juiz recusar-se a isso, pois a inexistência do casamento pode ser invocada por interessados, legitimamente. (MIRANDA, 1939, p. 248).

Ocorre que, a despeito de inexistir alteração legislativa, a jurisprudência brasileira já vem permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, notadamente a partir da edição da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tal resolução dispõe que os cartórios não podem recusar celebrar casamentos civis de casais formados por pessoas do mesmo gênero ou deixar de converter a união estável homoafetiva em casamento. Dessa forma, não se pode mais considerar o casamento entre pessoas do mesmo sexo como inexistente ou padecendo de qualquer defeito ou vício.

Em relação ao casamento nulo, o art. 1.548 do Código Civil prevê que será nulo qualquer casamento que infrinja impedimento imposto por lei, sendo os casamentos anuláveis aqueles que se subsumam a alguma das hipóteses do art. 1.550 do mesmo diploma legal. Os impedimentos para o casamento, por sua vez, estão dispostos no art. 1.521 do Código. Até a entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, também se considerava nulo o casamento realizado pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, previsão essa revogada.

3 AS CAUSAS DE IMPEDIMENTO DO CASAMENTO CIVIL

As causas de impedimento do casamento estão elencadas no art. 1.521 do Código Civil e sua inobservância traz como consequência a nulidade do casamento. Conforme dispõe o art. 1.522 do código, os impedimentos podem ser opostos por qualquer pessoa capaz até o momento da celebração, sendo que o juiz e o oficial de registro podem declará-las de ofício caso tenham conhecimento da sua existência.

Diferente do que acontecia no Código Civil de 1916, os impedimentos matrimoniais atuais não mais se classificam entre impedimentos dirimentes (públicos e privados), impedientes e proibitivos. A legislação pretérita fazia esta divisão com base na consequência que cada impedimento acarretaria ao casamento. Assim, se o impedimento fosse fundado no interesse público, o casamento seria considerado nulo; se o impedimento fosse do tipo dirimente privado, o casamento seria anulável; e, por fim, se houvesse um impedimento impediente ou proibitivo, seriam impostas sanções às partes contraentes, porém não haveria invalidação do casamento (CHAVES, 2005). No código civil em vigor, aboliu-se essa classificação, criou-se a figura das causas suspensivas do matrimônio e uniformizou-se a consequência pela infringência dos impedimentos, qual seja, a nulidade do ato matrimonial.

A partir da observação da classificação anterior, não é difícil perceber que os impedimentos tidos como mais graves continuaram a assim se chamarem e aqueles menos danosos passaram a ser considerados causas suspensivas. Os impedimentos e as causas suspensivas diferem basicamente pela consequência, eis que a infringência de uma causa suspensiva não gera de imediato a nulidade do casamento. O próprio parágrafo único do art. 1.522 prevê meios de afastar a incidência de tais causas, demonstrando a complacência do ordenamento. Inclusive, nota-se, na própria redação, que ao se referir

aos impedimentos, o legislador empregou o verbo *ter*, ao passo que para tratar das suspensões, optou pelo verbo *poder*. Há diferença também na legitimidade para arguir, que é reduzida nas causas suspensivas¹

Outra questão importante sobre os impedimentos matrimoniais é se eles podem ser estendidos à união estável. A legislação não traz, até o momento, solução para este questionamento, ao passo que a jurisprudência possui julgados em ambos os sentidos².

O art. 1.521 do Código Civil³ prescreve que:

Não podem casar:

¹ Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

² PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. O IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E, POR CONSEQUÊNCIA, AFASTA O DIREITO AO RATEIO DO BENEFÍCIO ENTRE A COMPANHEIRA E A VIÚVA, SALVO QUANDO COMPROVADA A SEPARAÇÃO DE FATO DOS CASADOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior já pacificou o entendimento de que a existência de impedimento para o casamento disposto no art. 1.521 do Código Civil impede a constituição de união estável e, por consequência, afasta o direito ao recebimento de pensão por morte, salvo quando comprovada a separação de fato dos casados, o que, contudo, não configura a hipótese dos autos. 2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1418167/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 17/04/2015). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR PARA IMPEDIMENTO MATRIMONIAL. UNIÃO ESTÁVEL. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.521 DO CC/02. A imposição dos impedimentos matrimoniais previstos para o casamento, no art. 1.521 do CCB/02, não se aplica, por analogia, à união estável, ante a inexistência de previsão legal nos diplomas que regulam a matéria, assim como pela informalidade insita ao instituto da união estável, cujo rompimento pode se ocorrer pela vontade de um dos conviventes, estando desimpedido para formar nova entidade familiar, em união estável ou pelo casamento. Desfeita mesmo informalmente a... (TJ-RS - AC: 70041371642 RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data de Julgamento: 24/08/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/08/2011).

³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O primeiro impedimento trata da proibição de ascendente se casar com descendente, seja o parentesco decorrente da consanguinidade ou de atos da vida civil, como a adoção. Esse mesmo dispositivo já era previsto no Código de 1916, porém com a seguinte redação: “[não podem casar] os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil”. Como fundamento para a inclusão dessa proibição existem argumentos biológicos – crianças geradas de casais consanguíneos possuem maiores chances de apresentar mutações e doenças genéticas- bem como argumentos de cunho moral, pautados na religião cristã, que repudia o incesto. Os mesmos fundamentos justificam também a proibição relativa ao casamento de irmãos e demais colaterais.

Já os impedimentos dos incisos II, III, V e VII dizem muito mais respeito às questões morais e valores familiares hegemônicos em

uma sociedade católica-cristão, eis que não se tratam de proibições com o intuito de evitar o nascimento de prole defeituosa. Em verdade, uma análise minuciosa demonstra que tais impedimentos guiam-se pela premissa básica de respeito a um cônjuge anterior, salvo a proibição do inciso V, que é meramente moral.

Por fim, o impedimento relativo a pessoas casadas tem sua justificativa em uma política pública do Estado de incentivo à monogamia.

O casamento civil foi instituído no Brasil através do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890⁴, no qual o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, como Chefe do Governo Provisório da República, promulgou a lei sobre o casamento civil. No seu capítulo II, estão descritas as causas de impedimento à época elencadas. *In verbis*:

Art. 7º São proibidos de casar-se:

§ 1º Os ascendentes com os descendentes, por parentesco legítimo, civil ou natural ou por afinidade, e os parentes collaterales, paternos ou maternos, dentro do segundo gráo civil.

A afinidade ilícita só se póde provar por confissão espontanea nos termos do artigo seguinte, e a filiação natural paterna tambem póde provar-se ou por confissão espontanea, ou pelo reconhecimento do filho, feito em escriptura de

⁴ BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga o casamento civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

notas, ou no acto do nascimento, ou em outro documento authenticico, offerecido pelo pae.

§ 2º As pessoas que estiverem ligadas por outro casamento, ainda não dissolvido.

§ 3º O conjuge adultero com o seu co-réo condemnado como tal.

§ 4º O conjuge condemnado como autor, ou cumplice de homicidio, ou tentativa de homicidio contra o seu consorte, com a pessoa, que tenha perpetrado o crime ou directamente concorrido para elle.

§ 5º As pessoas que, por qualquer motivo, se acharem coactas, ou não forem capazes de dar o seu consentimento, ou não puderem manifestal-o por palavras, ou por escripto de modo inequivoco.

§ 6º O raptor com a raptada, emquanto esta não estiver em logar seguro e fóra do poder d'elle.

§ 7º As pessoas que estiverem sob o poder, ou sob a administração de outrem, emquanto não obtiverem o consentimento, ou o supprimento do consentimento daquellas, sob cujo poder ou administração estiverem.

§ 8º As mulheres menores de 14 annos e os homens menores de 16.

§ 9º O viuvo ou a viuva, que tem filho do conjuge fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal.

§ 10. A mulher viuva, ou separada do marido por nullidade ou anulação do casamento, até 10 meses depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo si depois desta, ou daquela, e antes do referido prazo, tiver algum filho.

§ 11. O tutor ou o curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos com a pessoa tutelada, ou curatelada, enquanto não cessar a tutela, ou curadoria, e não estiverem soldadas as respectivas contas, salvo permissão deixada em testamento, ou outro instrumento publico, pelo falecido pae ou mãe do menor tutelado, ou curatelado.

§ 12. O juiz, ou o escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos, com orphão ou viuva da circumscripção territorial, onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial do presidente da Relação do respectivo districto.

Observa-se que, a despeito das mudanças de estilo de escrita, as causas de impedimento matrimonial permanecem quase as mesmas desde 1890, e, em verdade, o conteúdo do decreto é extremamente similar ao disposto no antigo Código Civil de 1916, só diferindo do atual Código em decorrência da emancipação das causas suspensivas, que antes integravam as causas impeditivas, e da supressão das hipóteses baseadas no rapto e no adultério.

Destarte, constata-se que, apesar das relações familiares e a noção de casamento terem sofrido profundas alterações com o passar do tempo, houve a manutenção das proibições matrimoniais arcaicas

impostas pelo Estado na legislação atual. Essa estabilidade da teoria dos impedimentos matrimoniais pode ser facilmente visualizada quando da leitura dos debates parlamentares ocorridos na elaboração da Lei nº 10.406/2002 entre 1975 e 1983, notadamente no trecho abaixo transcrito, no qual Caio Mário da Silva Pereira assim discorre:

Pode-se considerar milenar a teoria dos impedimentos matrimoniais, que não se deve nem ao Direito Romano, porque é uma construção canônica. O Direito Canônico criou aquela teoria que todos os sistemas ocidentais adotam mesmo o da Common Law, de formação completamente desprendida de nossa evolução românica, e que veio para a América Latina. A teoria dos impedimentos matrimoniais é a mesma. Eles se distribuem em duas categorias: impedimentos dirimentes e impedimentos impeditivos. (MENCK, 2012)

Nesse mesmo trecho é possível identificar a influência do Direito Canônico na determinação das causas de impedimento do casamento civil, assunto que será abordado no próximo tópico.

4 OS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS DO DIREITO CANÔNICO

O Estado Brasileiro foi, por muito tempo, vinculado à religião, mais precisamente à Igreja Católica Romana. Apenas em 07 de janeiro de 1890, através do Decreto nº119-A, de autoria de Ruy Barbosa, o

Brasil tornou-se um Estado Laico, não adotando oficialmente nenhuma religião como sua. Assim, firmou-se como um Estado neutro no art. 1º do referido decreto, que possuía a seguinte redação:

É proibido a autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas. (TERAOKA, 2010, p. 111)

Antes de tal decreto havia, no Brasil, a liberdade de crença, contudo, não existia liberdade de culto. O catolicismo era a religião oficial e outras manifestações só podiam ser cultuadas dentro das residências, de maneira reservada, como explicitado no art. 5º da Constituição de 1824⁵.

A partir da Constituição Republicana de 1891, consagrou-se à laicidade do Estado e a sua teórica neutralidade, o que se seguiu nas demais Cartas Magnas. Na atual Constituição, a liberdade religiosa foi ratificada e elevada à condição de cláusula pétrea, sendo considerada

⁵ Art. 5º A religião católica apostólica romana é a religião oficial do Império (Estado confessional). Todas as outras religiões serão permitidas em culto doméstico, ou, de forma particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.

um direito fundamental do cidadão brasileiro, através do disposto no art. 5º, inciso VI⁶ e art. 19, inciso I⁷.

A despeito do Brasil ser atualmente um Estado Laico, não se pode ignorar que toda a sua história de formação como país esteve atrelada à religião, sendo o Brasil, inclusive, o maior país católico do mundo. Na verdade, existem exemplos claros da relação intrínseca mantida entre o Estado e Santa Sé no ordenamento jurídico brasileiro, como os regimes de padroado e beneplácito régio, ambos extintos com a proclamação da República.

O padroado foi criado nos Reinos Ibéricos por meio de bulas pontificias, nas quais delegava-se aos monarcas a organização e administração da Igreja Católica durante a expansão ultramarina, ao passo que cabia a estes reis arrecadar o dízimo, construir igrejas, nomear párocos e bispos, enfim, promover o culto cristão (SANTOS, 2010). Já o beneplácito régio foi instituído na Constituição de 1824 e preconizava que qualquer determinação vinda do Papa, para ter validade no Brasil, deveria receber aprovação expressa do rei (COELHO, 2017).

Não menos importante, destaca-se ainda a menção feita a Deus no preâmbulo da Constituição Democrática de 1988 e a a expressão “Deus seja louvado” em notas de Real. Manifestações evidentes da interferência da religião católica na gerência do Estado Brasileiro. O

⁶ 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.

⁷ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

que, desde logo, esclarece-se não se tratar necessariamente de proselitismo religioso (SILVA NETO, 2003).

Naturalmente, o Direito construído, bem como as normas editadas sofreram grande influência dessa simbiose entre Estado e religião, não sendo difícil perceber a presença da moral cristã em alguns dispositivos legais ainda em vigor. Destarte, é no Direito Civil o ramo no qual se observa com maior facilidade essa influência religiosa, justamente por ser a área do Direito voltada à vida privada do homem, à sua esfera pessoal, familiar e social, campos de atuação da religião.

No que diz respeito ao Direito de Família, mais precisamente ao matrimônio, tal instituição está impregnada de valores religiosos, pois teve o seu surgimento no bojo da religião. Dessa forma, as normas matrimoniais variaram no tempo conforme as mudanças sociais e religiosas de cada comunidade e as causas de impedimento do casamento não foram uma exceção a essa regra conforme se observa na fala de Clóvis do Couto e Silva quando da elaboração do projeto do Código Civil de 2002. Vejamos:

Como os Senhores sabem, o art. 183 do Código Civil enumera o que se denomina de impedimentos. Esses impedimentos eram ou são resultados, pelo menos nesse sistema, da elaboração do Direito Canônico, e se mantiveram, na maioria dos Códigos, até o advento do Código Civil suíço. (MENCK, 2012)

Ainda sobre esse assunto, observa Ruggiero (1999, p. 112 – 113) que o casamento é um instituto que ultrapassa o campo jurídico, firmando-se também como um instituto ético, social e político, de forma que a estrutura da sociedade depende de sua regulamentação. Nele

imperava não apenas o direito, mas também a religião e o costume e, em suas exatas palavras, “todos os três grupos de normas se contêm no seu domínio e uma das características mais salientes da história do instituto é a luta travada entre o Estado e a Igreja para obter a competência exclusiva para o regular”.

No campo religioso, o casamento é regulado pelas normas do Direito Canônico, tendo como princípio basilar a indissolubilidade do vínculo através do sacramento e a comunhão total de vida. Assim, o matrimônio válido, pelas leis da Igreja, não pode ser anulado em nenhuma hipótese, nem mesmo pela vontade do Papa.

No Direito Canônico, o casamento é visto como um contrato, um acordo de vontades, baseado no consentimento das partes, como estipulado no cânone 1.057, § 1º “o consentimento das partes legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis que faz o matrimônio; esse consentimento não pode ser suprido por nenhum poder humano”.

Para o Direito Canônico, o matrimônio possui como fins a procriação e educação da prole e ainda, uma forma digna de se relacionar sexualmente. Distingue, no matrimônio, fins primários e secundários. O fim primário é a *procreatio atque aducatio prolis*. São fins secundários: o remédio à concupiscência e a ajuda mútua. Os fins secundários não estão vinculados essencialmente ao fim primário, sendo permitido, pois o casamento para a realização de um deles. (OLIVEIRA, SANTOS, 2013, p. 223)

As causas de impedimento, por sua vez, estão disciplinadas no Capítulo II do Livro IV, existindo nos cânones 1.073 a 1.082

considerações gerais sobre os impedimentos e nos cânones 1.083 a 1.094, regras específicas para cada um dos 12 (doze) impedimentos do Código de Direito Canônico. Ao tratar dos impedimentos, os cânones 1.058 e 1.073 assim dispõem: “podem contrair matrimônio todos os que não são proibidos pelo direito” e “o impedimento dirimente torna a pessoa inábil para contrair matrimônio válido”. Ressalta-se que tais impedimentos podem ser classificados de maneiras diferentes com base na sua extensão, na sua duração ou na sua forma de divulgação (CHAVES, 2005).

Ademais, os impedimentos canônicos podem ser relativizados por dispensa, cessação ou através da revogação da lei que os impôs. Ocorre cessação quando a circunstância em que o impedimento se baseia deixa de existir. Já a dispensa configura-se pela suspensão do impedimento por autoridade competente, sendo vedada a dispensa no impedimento de consangüinidade na linha reta, em todos os graus, e na linha colateral, no segundo grau (CHAVES, 2005).

Por questão de melhor visualização, segue um quadro dos impedimentos do Direito Canônico e uma comparação destes com as determinações do Direito Civil Brasileiro:

Quadro n. 01

DIREITO CANÔNICO	DIREITO CIVIL
<u>Impedimento por idade (Cân. 1083)</u> : mínimo de dezesseis anos completos para o homem e catorze anos também completos para a mulher.	No Código Civil, pode-se casar a partir dos dezesseis anos de idade tanto para o homem quanto para a mulher.

<p><u>Impedimento de impotência (Cân. 1084):</u> a impotência para a realização do ato conjugal dirime o matrimônio. Todavia, a impotência <i>coeundi</i> e <i>generandi</i> só acarreta nulidade se for maculada por dolo de uma das partes.</p>	<p>A impotência instrumental pode invalidar o casamento, conforme o disposto no art. 1.557, III do CC. Porém, a impotência <i>coeundi</i> e <i>generandi</i> (infertilidade) não é causa de invalidação do casamento.</p>
<p><u>Impedimento de vínculo (Cân. 1085):</u> não se pode contrair matrimônio com quem já possui vínculo matrimonial válido perante a legislação canônica.</p>	<p>Causa de impedimento prevista no art. 1.521, VI do CC.</p>
<p><u>Impedimento pela disparidade de cultos (Cân. 1086):</u> é inválido o matrimônio entre duas pessoas, uma das quais tenha sido batizada na Igreja Católica ou nela recebida e que não tenha abandonado por um ato formal, e outra não batizada.</p>	<p>A disparidade de cultos é indiferente para o Direito Civil.</p>
<p><u>Impedimento de ordem sacra (Cân. 1087):</u> é inválido o casamento contraído por quem está sob o dever do celibato.</p>	<p>Não há a figura do celibato no Direito Civil, então o casamento contraído por quem, pelo Direito Canônico, está sob celibato, é válido.</p>

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS CAUSAS DE IMPEDIMENTO DO CASAMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO “NOVO DIREITO DE FAMÍLIA”.

<p><u>Impedimento de profissão religiosa (Cân. 1088):</u> religiosas e religiosos, que proferiram os votos públicos e perpétuos de castidade em Instituto religioso, estão impedidos de casarem.</p>	<p>Votos de castidade são indiferentes para o Direito Civil.</p>
<p><u>Impedimento de rapto (Cân. 1089):</u> entre um homem e uma mulher arrebatada violentamente ou retida com intuito de casamento, não pode existir matrimônio, a não ser que depois a mulher, separada do raptor e colocada em lugar seguro e livre, escolha espontaneamente o matrimônio</p>	<p>Atualmente, o Código Civil não faz qualquer menção ao rapto, porém no Código Civil de 1916, esta era uma hipótese de impedimento do casamento: “o raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro”.</p>
<p><u>Impedimento de crime (Cân. 1090):</u> quem, com o intuito de contrair matrimônio com determinada pessoa, tiver causado a morte do cônjuge desta, ou do próprio cônjuge tenta invalidamente este matrimônio, bem como tentam invalidamente o matrimônio entre si também aqueles que, por mútua cooperação física ou moral, causaram a morte do cônjuge.</p>	<p>Causa de impedimento prevista no art. 1.521, VII do CC.</p>

<p><u>Impedimento de consanguinidade (Cân. 1091)</u>: nulos os casamentos entre todos os ascendentes e descendentes, tanto legítimos como naturais. E, na linha colateral, é nulo o matrimônio até o quarto grau inclusive.</p>	<p>Causas de impedimento previstas no art. 1.521, I e IV do CC.</p>
<p><u>Impedimento por afinidade (Cân. 1092)</u>: afinidade em linha reta torna nulo o matrimônio em qualquer grau.</p>	<p>Causa de impedimento prevista no art. 1.521, II do CC.</p>
<p><u>Impedimento de pública honestidade (Cân. 1093)</u>: origina-se de matrimônio inválido, depois de instaurada a vida comum, ou de concubinato notório ou público; e torna nulo o matrimônio no primeiro grau da linha reta entre o homem e as consangüíneas da mulher, e vice-versa.</p>	<p>Não previsão a respeito no Direito Civil Brasileiro.</p>
<p><u>Impedimento de parentesco legal (Cân. 1094)</u>: não podem contrair validamente matrimônio entre si os que estão ligados por parentesco legal surgido de adoção, em linha reta ou no segundo grau da linha colateral.</p>	<p>Causas de impedimento previstas no art. 1.521, I e V do CC</p>

Da análise do quadro acima, fica claramente demonstrada a semelhança das causas de impedimento do Direito Canônico com aquelas vigentes no Direito Civil, restando mais do que patente que as últimas são meras reproduções das primeiras. Ou seja, os fundamentos para a inserção das hipóteses de impedimento matrimonial do Direito Civil são, em suma, os mesmos estipulados pela Igreja Católica e sua moral cristã.

Sobre o tema, vale conferir o quanto lecionado por Osvaldo Hamilton Tavares:

O Direito de Família, impregnado de ética que compõe a lei e o homem, revela-se fortemente influenciado pelo Direito Canônico. A Doutrina dos impedimentos matrimoniais foi arquitetada à luz dos princípios formulados pelos canonistas e teólogos italianos. O Direito Canônico, com acentuada preocupação moralizadora, jamais condescendo com o ilícito e o desonesto. Dai o Impedimento Matrimonial resultante do adultério (impedimentum criminis adultério). O Código Civil Brasileiro não logrou vencer a influência do Direito Canônico, proibindo o casamento do cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado (artigo 183, n. VII, da lei civil).(TAVARES, 2017)

Nesse ponto, necessário salientar que muitos dos fundamentos utilizados pelo Direito Canônico e, conseqüentemente incorporados pelo Direito Civil Brasileiro, para a inclusão das causas de impedimento

do casamento não mais fazem sentido no contexto atual, como se verá mais adiante.

5 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DO INDIVÍDUO

O Direito nasceu inicialmente com o objetivo principal de regular a vida em sociedade. Primeiro, preocupado com os conflitos cotidianos, comuns à vida gregária, se limitou a estabelecer regras para a vida privada do homem comum. Depois, devido ao incremento das interações humanas, passou a se voltar para outras áreas, regulando as relações entre países, entre empresas e entre o indivíduo e o próprio Estado.

Nessa senda, tudo que envolve o Direito diz respeito à limitação, seja limitação de direitos, de deveres, de liberdades, seja limitação de atuação. E é, no campo familiar, o bojo de relações interpessoais mais íntimas do cidadão, a seara na qual o poder estatal exerce de maneira clara seu poder de intervenção, impondo regras para a constituição familiar, para disciplinar a filiação, a sucessão hereditária e o matrimônio. Nesse contexto, estão inseridos os impedimentos do casamento que, como já fora visto, nada mais são do que limitações impostas pelo Estado à vontade dos indivíduos de possuir uma vida conjugal. A intervenção estatal nas relações familiares não se restringe somente às normas legislativas, mas também às decisões judiciais e às políticas públicas governamentais desenvolvidas.

No âmbito do Direito de Família, objetiva o Estado tutelar a instituição familiar, em busca de garantir a eficácia dos direitos fundamentais, todavia, se faz necessário investigar se “essa intervenção é uma proteção estatal com o intuito de proteger os membros da família

ou trata-se de um controle excessivo por parte do Estado” (NIGELSKI, 2016, p. 224)

Com efeito, a intervenção estatal, através do Direito, é algo que sempre mostrou-se necessário para a organização social e para o convívio harmônico. Todavia, quando ela se mostra exagerada, torna-se nociva, eis que reduz de maneira desproporcional a autonomia privada dos cidadãos, presumindo que estes não conseguem “tomar suas próprias decisões de maneira refletida e consciente” (BARBOSA, 2014). Muitas vezes, o Direito brasileiro incorre nesse excesso, ao tentar regular âmbitos da vida privada, impondo restrições indevidas, que deveriam ficar a cargo do próprio indivíduo.

Em regra, o interesse da sociedade em tutelar os direitos das famílias não pode se sobrepor aos interesses particulares dos membros do núcleo familiar. O limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada esta autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção (PEREIRA, 2014).

Em face dessa realidade, é que Rodrigo Pereira (2012) propõe a defesa e a constitucionalização do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, determinando que esta somente se justifica para garantir a realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental, como preconiza a Constituição Federal em seu art. 226, caput, o art. 1513 do Código Civil:

Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, [a Constituição] conferiu-lhe a

autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado. (PEREIRA, 2012)

Tal princípio se originou do Estado democrático de direito “quando deixa de enxergar a família como grupo econômico de produção e passa a admitir o de vínculo de afeto do grupo familiar à luz dos princípios constitucionais” (GUIMARÃES, CABRAL, DE PAULA, 2016, p. 117). O objetivo desse princípio é limitar a intervenção do Estado na família para que ele não traga desarmonia entre os membros do grupo e, ao mesmo tempo, seja capaz de assegurar os direitos e garantias a ele pertencentes conforme afirma Décio Guimarães.

Destarte, ante o exposto, percebe-se que há, na contramão do que orienta a doutrina, uma excessiva intervenção do Estado Brasileiro nas relações familiares.

6 UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 1.521 DO CÓDIGO CIVIL

O Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro por muito tempo teve um viés patriarcal, matrimonial e patrimonialista. Ou seja, as normas foram feitas na intenção de proteger o casamento, o patrimônio e voltadas para a figura e o poder masculino do pai, “chefe da família”. E foi nesse contexto que as causas de impedimento matrimonial formaram pensadas e inseridas na legislação.

A despeito de ter sido editado um novo Código Civil no ano de 2002, observou-se que o art. 1.521, que possui o rol dos impedimentos, se limitou a reproduzir as disposições do art. 183 do Código Civil de 1916 com pequenas e pouco inovadoras alterações. Assim, passados quase 100 (cem) anos entre um código e outro, restou evidente que a legislação referente às causas de impedimento não conseguiu acompanhar as transformações que veem se operando no Direito de Família no Brasil e na própria sociedade, mantendo-se retrógada e dispare da realidade social.

Com efeito, as pequenas alterações nesse regramento consistiram na separação, como categoria apartada, das chamadas causas suspensivas e da supressão das causas de impedimento relativas ao rapto e ao adultério. Ocorre que, em verdade, essas alterações não tiveram sua causa de ser no Direito em si, mas foram pautadas nas transformações que os valores morais estavam sofrendo à época da redação do Código Civil, mudanças estas que já tinham sido aceitas e incorporadas pelo Direito Canônico, uma vez que retirou tais impedimentos do seu rol do Código editado em 1983.

Inclusive, o espelhamento das causas de impedimento matrimonial cíveis com os impedimentos canônicos é um ponto de extrema crítica, posto que o Estado Brasileiro é laico e, a despeito de, na sua história, ter se desenvolvido concomitantemente ao florescimento da Igreja Católica, não mais há sentido em impor limitações ao indivíduo, baseadas unicamente em uma moral e parâmetro de família cristã. Além de um desrespeito à secularidade do Estado, é um desmerecimento às outras religiões cultuadas.

Ademais, não se pode esquecer que os impedimentos ao casamento são proibições prescritas à um âmbito muito caro ao ser

humano, qual seja a sua família. Através dos impedimentos matrimoniais impede-se que o indivíduo contraia núpcias e possa construir uma família sob a égide do matrimônio. É, portanto, um campo em que o Direito deve interferir o mínimo possível, para que se possa permitir o exercício do livre arbítrio e da autonomia humana.

Nesse sentido, não se justifica a existência, no ordenamento jurídico, dos incisos II (os afins em linha reta), III (o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante), V (o adotado com o filho do adotante) e VII (o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte) do art. 1.521 do CC. Isto, porque, diferente das demais hipóteses, nessas situações o legislador não visa evitar o nascimento de prole com doenças genéticas, o que, de certa forma, é admissível ao se levar em consideração políticas públicas de saúde do Estado, nem trata de uma opção constitucional ao regime da monogamia. Esses incisos apenas refletem um parâmetro de família que a moral cristã considera como correta, mas que, com a separação Direito e Religião, não cabe mais ao Direito Civil perquirir.

7 CONCLUSÃO

Não se está aqui dizendo que os matrimônios realizados nas condições dos incisos II, III, V e VII do art. 1.521 do CC terão aceitação social, mas apenas que estes casamentos são desprovidos de maiores complicações jurídicas, não tendo por que o Direito deles tratar. Deixa-se para a moral e a religião a função de tolhê-los ou aceitá-los.

Por último, cabe frisar, que o regime dos impedimentos matrimoniais é milenar e tem sua razão de ser, no entanto, precisa se

adaptar às mudanças, sejam elas sociais, como a diminuição da influência da Igreja Católica, sejam elas de ordem jurídica, como a ascendência do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares e a nova forma constitucionalizada de se conceber o Direito de Família através do princípio da afetividade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil** - Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARBOSA, Pedro V. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**: comentado. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga o casamento civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2017.

CHAVES, Isivone. **Declaração de Nulidade Matrimonial no Direito Canônico e no Direito Civil**. São Paulo, 2005.

COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme, *Curso de Direito de Família* - Introdução - Direito Matrimonial. 2. ed . Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. 1, p. 184.

COSTA, Livia R.; SIMÕES, Thiago V. **A família e a Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20Família%2005_10_2011.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2016

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** - Direito de Família, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007

GUIMARÃES, Décio Nascimento; CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; DE PAULA, Uequicilene Nascimento. A intervenção do estado no poder familiar. **Revista Científica Interdisciplinar.** v. 1, n. 1, p. 99-121, out-dez 2016.

KOLLER, Sílvia H.; DE PAULA COUTO, Maria Clara P.; VON HOHENDORFF, Jean. **Manual de produção científica.** Penso Editora, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil** – Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENCK, José Theodoro, Código Civil Brasileiro no Debate Parlamentar. **Elementos históricos da elaboração da Lei nº 10.406 de 2002.** Vol. I. Tomo 1 a 4. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil** - Direito de Família, 35. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.

NIGELSKI, Tatiane Mazur Pupo. Direito de família mínimo: até que ponto o estado pode intervir na família que é uma instituição tão privada? **Revista Aporia Jurídica**. Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 6. ed. v. 1 p. 221-244, jul-dez 2016, ISSN 2358-5056.

OLIVEIRA, Patrícia da Conceição; SANTOS, Luciano Gomes. Nulidade matrimonial: análise segundo o Direito Canônico e sua similitude com o Direito Civil. **Revista Faculdade Arnaldo Janssen Direito**. Belo Horizonte, v. 5, n. 5, p. 218-245, jan-dez 2013, ISSN 2316-6673

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - volume 5. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Direito de Família**, vol. 1, 1939.

_____. **Tratado de direito de família**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2001. v. 1-3.

RODRIGUES, Oswaldo. **A família decorrente do casamento e sua repercussão no Código Civil de 2002**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2001 e 2006. v. 6.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, vol. II

RUSSAR, Andrea. **Brasil: A Laicidade e a Liberdade Religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988>> Acesso em: 20 de novembro de 2016

SANTOS, Roberto. BARROS FILHO, Fernando. **A nulidade do casamento e causas de impedimento**. Disponível em: <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/viewFile/582/76>
1 Acesso em: 28 de maio de 2017.

SANTOS, Patricia Ferreira dos. **Poder e Palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)**. São Paulo: Hucitec, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge, **A proteção constitucional à liberdade religiosa**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15644-15645-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2017

SILVA, Paulo. **Da nulidade e da anulação do casamento**. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Lins_e_Silva/Nulidade.pdf>
Acesso em: 08 de dezembro de 2016

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 1, p 61-79, jul-set 2014, ISSN 2358-6974

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS CAUSAS DE IMPEDIMENTO DO CASAMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO “NOVO DIREITO DE FAMÍLIA”.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 06. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

TAVARES, Osvaldo. **A influência do Direito Canônico do Código Civil Brasileiro**. Disponível em:http://midia.apmp.com.br/arquivos/pdf/artigos/2015_influencia_direito_canonico_ccb.pdf Acesso em: 28 de maio de 2017

TELLES, Boliver da S. **O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionalizada**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bolivar_telles.pdf> Acesso em: 08 de dezembro de 2016

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo, 2010. 282f. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 111.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Da Educação “dela é que depende o destino ulterior de toda a cultura de um povo moderno. Se de outras se pode prescindir e a algumas nem sempre se pode atingir, ninguém dela deve ser excluído, sob qualquer pretexto, sendo para todos imprescindível. Faça-mo-la já, de todos e para todos” (TEIXEIRA, 1977, pp 77-78).

Muriel Cordeiro Silva *

RESUMO: Este trabalho, brevemente, busca analisar e expor se ementa curricular bibliográfica das matérias na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, nas atuais condições, possui conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.13.146/2015) no tocante ao direito educacional dos cegos.

Palavras-chave: Ementa curricular; Bibliografia; Cegueira.

ABSTRACT: This paper briefly seeks to analyze and expose if the bibliographic curriculum of the Faculty of Law of the Federal University of Bahia, under the current conditions, it is in accordance

* *Graduado em Direito na Universidade Federal da Bahia. Ex-Presidente da Associação Baiana de Defesa do Consumidor. Membro dos Grupos de Pesquisa/CNPq “Observatório de Cidadania” e “Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo”. Endereço eletrônico: murielcordeirosilva@gmail.com*

with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the International Convention on the Rights of Persons with Disability and the Statute of the Person with Disabilities (Law n.13.146/2015) regarding the educational right of the blind people.

Keywords: Curricular summary; Bibliography; Blindness.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A cegueira enquanto condição humana biofísicopsicológica; 3 O direito constitucional educacional positivamente discriminado; 3.1 A condição humana da cegueira e seu núcleo fundamental de proteção no Direito brasileiro. Os cegos e a normativa fundamental típica; 3.2 Da educação superior; 4 O necessário cumprimento dos mandamentos constitucionais e das finalidades da LDB; 5 Omissões, necessidades e projetos aos educandos cegos; 6 Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

É menos vida acadêmica graduar-se em Direito sem a condição sensitiva da visão. Menos no sentido majoritário do entendimento do que é o curso do Bacharelado em Direito da Universidade Federal da Bahia. Ao largo disto, os que, por fatos da vida, não usufruem da alteridade visual com o próximo tem a necessidade, imposta pelo meio e pelas suas ideologias, de superar todos os obstáculos que a convivência lhes impõe para conquistarem sua titulação. Neste sentido, delinea-se a temática aqui debatida, que é a efetivação e a concreta implementação no meio universitário dos direitos

educacionais dos deficientes visuais, seja por meio de políticas públicas, preferencialmente, seja por meio da tutela judicial.

É dentro desta contextualização que surge o problema que guia este trabalho, que é o seguinte: A Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, nas atuais condições, possui uma ementa curricular bibliográfica conforme a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência no tocante ao direito educacional dos cegos?

Donde, sucede a seguinte tese ao problema: A Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia não possui ementário curricular bibliográfico conforme a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência no tocante ao direito educacional dos cegos, fato que mitiga a inclusão e necessita ser demonstrado, criticado e exposto, com a finalidade de melhoras às atuais condições.

Para tanto, o objeto do trabalho será o ementário curricular bibliográfico da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia com foco nas indicações bibliográficas das matérias obrigatórias oferecidas das respectivas ementas no que concerne à acessibilidade e inclusão destas, se houver, à minoria cidadã protagonista deste trabalho.

Vale constar que este estudo se justifica devido à baixa produção jurídica sobre a acessibilidade dos cegos nos espaços públicos. Além disso, o objetivo específico desta exploração é denunciar as omissões notadas no que diz respeito aos direitos educacionais de tais pessoas, especificadamente no que toca à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

A metodologia aplicada no trabalho foi a hipotético-dedutiva, com ênfase no aspecto filosófico, desenvolvida em linhas crítico-metodológicas, tendo por marco teórico as ideias de Lenio Luiz Streck sobre a dupla crise do Direito brasileiro e da Modernidade por cumprir.

Nesse sentido, o debate centrou-se, num primeiro plano, em analisar, brevemente, como a condição da cegueira tem reflexos não apenas biológicos, mas também psicológicos na forma de aprendizado das pessoas cegas e como tais premissas podem ser analisadas sob uma ótica jurídica. Após, revolveu-se a temática a partir de uma perspectiva constitucional analisando a múltipla incidência de normas de direitos fundamentais da Carta Maior, assim como, sucintamente, do quanto previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Tratado de Marraquexe.

Dando seguimento, a partir de um diálogo entre a teoria dos direitos fundamentais e dos deveres fundamentais e a eficácia concreta destas, adentrou-se na investigação acerca de como a Educação Superior também necessita efetivar os direitos das pessoas com deficiência visual. Dando mote ao estudo, passou-se a analisar a biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como espécie de laboratório do debate travado, arguindo o problema levantado.

Os dados levantados, ao fim, além de permitirem a conclusão parcial da tese exposta, de que a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia necessita, em certa medida, readequar-se às disposições constitucionais e legais por meio de políticas públicas e sendo o Judiciário uma forma de tutela em caso de inércia, suscitou que cópia deste trabalho deveria ser entregue tanto à Congregação da Faculdade de Direito quanto à Magnífica Reitoria da Universidade

Federal da Bahia para que tais órgãos procedam às omissões detectadas e as reparem.

2 A CEGUEIRA ENQUANTO CONDIÇÃO HUMANA BIOFÍSICOPSICOLÓGICA

A cegueira é uma condição/situação de falta de visão que acomete diversas formas de vida. À humana, mais peculiar, é sabido que os efeitos transcendem o mero aspecto da sobrevivência física individual, manifestando-se, inclusive, nos aspectos psicológicos dos indivíduos, e, até nas relações intersubjetivas em sociedade 1-2.

É nesta, inclusive, que surgem as construções sócio-culturais do que foi, é e virá a ser deficiência, pois não é apenas a Biologia, enquanto dado deslocado da realidade, que infirma e separa os “normais” dos deficientes³. Este é um trabalho que importa às mais fundamentais bases do que é ser humano, isto como aduz Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, pois, “necessitam todos os animais de alimentação, de um habitat para coexistir com seus pares, de um conjunto de fatores que permitam a continuidade da existência de suas espécies, mas somente o ser humano precisa se educar” (MARTINS, 2009, p. 17-18).

¹ “A cegueira total ou simplesmente amaurose, pressupõe completa perda de visão. A visão é nula, isto é, nem a percepção luminosa está presente. No jargão oftalmológico, usa-se a expressão ‘visão zero’”. CONDE, Antonio João Menescal. *Definindo a cegueira a visão subnormal*. Disponível em: <http://www.ibr.gov.br/?itemid=94>, Acesso em 10 out. 2016.

² “O advento da cegueira pode dificultar o convívio social entre pessoas com e sem deficiência, uma vez que existe o preconceito tanto das pessoas videntes em relação às pessoas cegas quanto das pessoas cegas em relação às pessoas videntes” (FRANCO; DENARI, 2011, p. 3).

³ (FOGLI; FILHO, 2009, p. 2). Disponível em: www.ibr.gov.br/Nucleus/?catid=4&itemid=10189, Acesso em 10 de jul de 2016, p. 2.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Este entendimento é próximo daquele de José Afonso da Silva quando, analisando a obra de Anísio Teixeira, afirma que “a educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos” sendo que seria tal concepção que a Constituição agasalharia nos seus arts. 205 e 214, quando declara que ela é um direito de todos e um dever do Estado (SILVA, 2004, p. 817).

Em tal perspectiva que se pode entender, por exemplo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) é muito mais do que um catálogo de textos jurídicos atributivos de direitos, deveres, ônus e garantias com conteúdo fundamental.

Numa dimensão outra, este e outros diplomas garantidores e asseguradores de direitos, pode significar uma conquista social no que tange ao entendimento da dignidade humana de tais pessoas, conforme o suporte de entendimento que Ingo Wolfgang Sarlet - no escólio de Adalbert Podlech nota, à ideia de que “a dignidade humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um)”, sendo, ao fim, “condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexas dimensão (...) defensiva e prestacional” (SARLET, 2011, pp. 572-573).

É também dizer que a construção material de condição digna concerne na medida das possibilidades e oportunidades dos que são privados as pessoas da plenitude de seu existir e do Estado na sua capacidade de implementar, gerir e prestar políticas públicas e respeito às prerrogativas humanas à progressiva construção de uma sociedade justa (art. 3º, I), mormente por via dos princípios fundamentais da

cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e II), (ÁVILA, 2014, p. 102)⁴. E, nada disso é mera utopia.

Do aferível desprezo histórico que a população deficiente com cegueira sofreu e ainda sofre na história recente do Brasil por parte do Estado⁵, não se pode deixar de (re)afirmar e exigir, quando não cumprido, todo o devido a estes. É necessário, para tanto, que a estrutura física dos espaços universitários obedeça aos mandamentos jurídicos necessários à plena satisfação do direito à Educação dos mesmos, e isto seja como for.

Pois, as pessoas com deficiências “precisam tomar para si a rede dos significantes, da linguagem, do corpo para que mais precocemente seja desenvolvido não somente um sujeito orgânico, mas um sujeito psíquico”, efetivamente possível de ir, vir desenvolvendo-se e, portanto “capaz de ter uma vida plena e saudável” (SILVA; TAUCHEN, 2012, p. 04) nos seus espaços de aprendizado e vivência.

O que se impõe, em sentido estrito, é a superação no Direito da macroindividualização do pensamento e das prescrições jurídicas – infelizmente e principalmente por ainda refletirem a necessidade de afirmação e implementação das liberdades fundamentais e do paradigma da filosofia da consciência que, ao que aqui se desenvolve, ainda mantêm no Direito a noção de que o indivíduo pode/é um sujeito

⁴ “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

⁵ Para uma breve introdução à história do Direito Educacional no Brasil, (CUNHA, 2013, pp. 31-49); (FOGLI; FILHO, 2009, pp. 2-6).

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

suficiente de se apartar da sociedade e analisá-la como se fosse um objeto, não considerando que todo ser está sempre inserido no mundo e na sociedade e, por tal condição, manifesta esta – com seus pré-conceitos e pré-compreensões - sempre em si (SILVA; TAUCHEN, 2012, p. 04).

Logo, sinteticamente - numa interpretação - pela condição humana ser, na população brasileira, majoritariamente não portadora de deficiência que, em muito, a condição dos deficientes não é, de rigor, prevista, respeitada e implementada⁶. Deve-se frisar que a educação, a partir de seus reflexos e condicionamentos jurídico-normativos no Direito brasileiro, “é condição fundamental para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, para seu preparo profissional e para o exercício de sua cidadania” (FERNANDES, 2011, p. 1070).

Porém, neste tópico, cumpre ressaltar, que aqui se analisa, brevemente, apenas no que tange da cegueira total – o que não reputa afirmar que os surdos cegos e os com visão parcialmente debilitada sejam objeto na análise deste trabalho.

Advém daí, no mais, a necessidade de que o Direito funcionalize-se como elemento igualador da sociedade, como instituto que rotineiramente e efetivamente busque minimizar os efeitos negativos e não equitativos do quanto tal condição discriminatória, num geral, mitiga o pleno desenvolvimento e convivência das pessoas portadoras da deficiência - da cegueira.

⁶ Dados do IBGE de 2010 atestavam que, no Brasil, haviam cerca de 582.000 (quinhentos e oitenta e dois mil) cegos, o que significava, à época, onde o país possuía 195,2 milhões de habitantes, apenas 3.35 % estimado da população brasileira. Cf. BRASIL. Braille aumenta inclusão de cegos na sociedade. Disponível em: www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/braille-aumenta-inclusao-de-cegos-na-sociedade, Acesso em 29 de ago. de 2016.

3 O DIREITO CONSTITUCIONAL EDUCACIONAL POSITIVAMENTE DISCRIMINADO

Há um conjunto substancial de fundamentos jurídicos que orientam o entendimento de que a proteção e defesa dos direitos das pessoas com deficiência visual – com cegueira, necessita, na atualidade, da atuação positiva do Estado e não apenas da abstenção deste - seja no plano das liberdades fundamentais, dos direitos sociais, tanto quanto dos direitos de terceira geração e outros⁷. Mas, não apenas nestes. A discussão jurídica no que tange à Educação perpassa, também, pela análise da teoria dos deveres fundamentais⁸.

Se se analisa a Educação superior por tal viés, este é de vasta incidência e potencial extensão nos seus efeitos. Mais, à discriminação normativa positiva aos deficientes visuais no Direito não falta pertinência lógica em matéria de deveres.

Com efeito, quando ocorrem explícitas discriminações lógico jurídicas, sobre a matéria dos direitos fundamentais visando proteção - e, portanto, não retrocesso social (CUNHA, 2014, *passim*)⁹, o que se busca é que não se considerem da realidade social elementos, atos ou fatos que comumente são utilizados para desequiparações ou discriminações odiosas - ao revés, taxativamente expressam-se no texto jurídico que estas não podem ocorrer, salvo os limites expressamente tratados pelas constituições (BANDEIRA DE MELLO,

⁷ Para uma breve introdução histórica aos direitos fundamentais, (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, pp. 259-278).

⁸ Para uma breve introdução histórica aos deveres fundamentais, (MARTINS, 2011, pp. 17-30).

⁹ O princípio da proibição do retrocesso social ou “efeito cliquet” dos direitos fundamentais é a normativa constitucional que busca a proteção máxima dos direitos da pessoa humana contra qualquer medida normativa ou política de supressão ou enfraquecimento.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

2013, pp. 17-18). Aos deveres, *mutatis mutandis*, sucede o mesmo – a consequência é que os deveres à prestação e asseguração da educação somente não podem desbordar ou à tirania no Estado ou à exigências deficientes daqueles que necessitam dos mesmos.

Neste sentido, Nina Beatriz Stocco Ranieri afirma que “o direito à Educação, no direito internacional e no brasileiro,” de forma conglobante, “apresenta características jurídicas que o diferenciam em relação aos demais direitos fundamentais, embora todos tenham a natureza de direitos subjetivos”, e, complementa, afirmando que o direito à Educação “é direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana”, além de ser “igualmente dever fundamental” (RANIERI, 2013, p. 55).

Não se pode olvidar, a todo discurso, que o ato internacional de direitos humanos aprovado conforme o procedimento do art. 5º § 3º, com força de emenda constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, não foram, ainda, plenamente cumpridos, isto levando em que consideração que foram assinados em Nova York em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Congresso Nacional no conteúdo do Decreto Legislativo 186, de 09 de julho de 2008 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Sobre tal conjunto normativo, doutrina Dirley da Cunha Júnior que estes documentos visam “a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência e visam tomar todas medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada” (CUNHA JÚNIOR, 2014, pp. 664-665). A sua aplicabilidade é imediata (art. 5º, § 1º, CFRB/88).

Na lição de Edivaldo Boaventura, “socialmente, todos têm direito à educação ser prestada pelo Estado que, para tanto deve organizar os serviços educativos, oferecendo-os de acordo com os princípios e normas da Constituição” (BOAVENTURA, 1999, p. 55).

Ademais, como deduz Luis María Bandieri, “os direitos não tem sua principiologia em um indivíduo ilhado e nem tampouco em uma metafísica da subjetividade, senão em um homem que está em um mundo pleno de significados”¹⁰.

A circunstância é que esta capacidade de significar a realidade não é menor nos cegos e sim é, e tem sido, reduzida a estes por considerações econômicas mormente vazias – como a reserva do possível, por fatores jurídicos – como a omissão dos Poderes do Estado, ou até por uma própria discriminação social velada.

Toda esta projeção jurídico constitucional destes direitos e deveres agasalhados pelo conteúdo educacional na Constituição importa devido à necessidade de cumprimento do *plus* normativo constitucional que é o elemento diferencial da democracia contemporânea – a busca e exercício das políticas públicas a cumprir as promessas da Modernidade, de igualdade, liberdade e fraternidade (STRECK; MORAIS, 2014, *passim*)¹¹.

¹⁰ “Los derechos (...) no tienen su principio em un individuo aislado ni tampoco em una metafísica de la subjetividad, sino em un hombre que ya está em un mundo pleno de significado” (tradução livre) (BANDIERI, 2011, p. 238).

¹¹ “O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade (...) no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado” (STRECK, 2014, p. 47). Neste sentido, de forma diversa, “a tarefa do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. (SILVA, 2004, p. 122).

Não por menos que o enquadramento normativo das prescrições à Educação na Constituição Federal de 1988, apesar das críticas, são vastas e permitem, a partir desta, a invocação de fundamentos à tutela dos direitos, deveres e garantias transigidos no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, o que será objeto de análise adiante.

3.1 A condição humana da cegueira e seu núcleo fundamental de proteção no Direito Brasileiro

Na presente condição do processo civilizatório, determinados entendimentos manifestados no e ao Direito podem ser classificados como anacrônicos se postos em análise de determinados paradigmas de conhecimento. Pressupõe-se a compreensão que num Estado Democrático de Direito, especialmente aqui com relação ao Brasil que possui uma Constituição amplíssima, as normas jurídicas dividem-se, para fins deste artigo, por essência, basicamente, entre direitos e deveres.

Tal perspectiva, no entanto, pode moderar-se, já que direitos e deveres assumem, *a priori*, uma duplicidade, mas, estes podem, em certas prescrições abstratas e/ou em certas situações fáticas partirem à imbricação. O Direito Educacional é uma destas.

Edivaldo Boaventura dimensiona e sintetiza este raciocínio quando aduz que, na substância do Direito Educacional “temos a pessoa humana portadora do direito à educação e, do outro lado, a obrigação

estatal de prestá-la. Em favor do indivíduo há um direito subjetivo; em relação ao Estado, um dever jurídico a cumprir”¹².

Isto requer um tratamento hermenêutico mais consentâneo com a realidade contemporânea. Os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário não possuem a exclusividade no desempenho de suas funções típicas, como se sabe - afinal, mesmo o Legislativo pode vir a julgar eventuais demandas, a exemplo dos processos de *impeachment*. Além disso, conforme aduz Peter Häberle e não se pode olvidar, os intérpretes do Estado positivo, não podem ser e nem são os únicos e nem os mais distintos hermeneutas da Constituição (HÄBERLE, 2002, *passim*).

No bojo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo¹³, dentre várias coisas, no seu art. 24 - que conforma a interpretação de todo conjunto jurídico normativo brasileiro pelo seu status de emenda - esta dispõe, sinteticamente, que, em todos os níveis os Estados membros desta devem exercer as políticas públicas de forma a não discriminar as pessoas portadoras de deficiência, que a educação aos deficientes deve se pautar em medidas a maximizar as potencialidades destes e que todo este conjunto de direitos deve ser adaptado razoavelmente aos portadores de condições especiais. O comando de dever da mesma, combinado com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não comporta omissões indevidas ao cumprimento de tais normas.

Dalmo Dallari, no escólio do neoconstitucionalismo, manifesta que este debate cinge-se do fenômeno da onipresença da Constituição. Isto é, a mesma “abrange a totalidade do universo jurídico, não havendo qualquer fato, ato ou circunstância com a mínima repercussão sobre

¹² (Ibid, Ibidem, p. 59).

¹³ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi promulgada no Brasil por meio do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

algum direito que não se subordine à sua Constituição” (DALLARI, 2010, p. 309).

É, por isto, conforme aduz Dirley da Cunha Júnior, que o Judiciário não pode se escusar ao cumprimento dos mandamentos da Constituição Federal – notadamente ao cumprimento dos direitos fundamentais. Em rigor, a harmonia entre os poderes deve ter como objetivo comum “o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em consequência, a proteção da liberdade e a melhor realização do homem” (CUNHA JR., pp. 538-542).

Não é por menos que se pode constatar que o que aqui se analisa é intrínseco aos desafios do constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Tendo por remédio da eventual ofensa a tal núcleo de prestação do direito à educação, se necessário e com efeito, a possível admissão que, “diante de direitos tidos como não passíveis de desatendimento por parte do Poder Público (que corresponderiam, assim, a um ‘mínimo existencial’ irrecusável ao indivíduo”, pode-se sustentar que cabe ao Judiciário “agir, concretizando a pretensão relacionada a estes direitos, independentemente de previsão orçamentária, norma editada ou arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo” (BAHIA, 2009, p. 301) – ordenando que eventual corte realizado fosse cessado.

Ainda que por vias diversas, a história das normas constitucionais fundamentais – sejam direitos ou deveres - aparenta confluência no mesmo contexto histórico do surgimento e expansão do Estado Moderno pela circunstância e decorrência de haver uma conversão à restrição do poder. E é este o aparente grande motivo da

parcial ocultação do significado das normas fundamentais somente aos direitos fundamentais (STRECK; MORAIS, 2014, pp. 28-50)¹⁴.

Havia o clamor social, a pressão intelectual e o ânimo revolucionário das Revoluções Liberais em restringir e conter aquele poder do Estado absolutista que era vasto – e, hoje, em grande parte, ainda é, embora sob outros paradigmas político-filosóficos predominantes – levou os constituintes a apostarem muito nos direitos fundamentais como “instrumento” para tal restrição - aos deveres fundamentais, neste aspecto, não muito foi sustentado e desenvolvido.

Não é por menos que Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins sustenta na pertinência à Constituição de 1988, que, “sem embargo, o menosprezo da criação de declaração de deveres fundamentais ao lado dos direitos deve-se muito mais por matrizes históricas”, afinal, no que tange à historicidade dos deveres fundamentais, “tanto Portugal quanto o Brasil emergiam de regimes autoritários que tinham negado direitos fundamentais”¹⁵. Era, portanto, de urgência que estes fossem elevados e não que deveres fossem criados.

Vale, inclusive, a regra de que na omissão de deveres autônomos, parafraseando Konrad Hesse¹⁶, é possível expor que estes são meros programas ou discursos retóricos que não possuem força de norma, também, não tendo força-guia frente a outros ramos como o do

¹⁴ José Casalta Nabais posiciona-se no entendimento de que a ocultação dos deveres iniciou-se durante as Revoluções Liberais, no entanto, suas causas genéticas são mais próximas no pós-guerra do século XXI, isto, não refutando dos efeitos de tal fenômeno à Contemporaneidade, mais precisamente quando sustenta que após o fim da Segunda Guerra Mundial e o decorrente autoritarismo que influenciou o Globo que “era, pois, necessário, exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos”. (NABAIS, 2015, pp. 2-3).

¹⁵ (MARTINS. Idem, Ibidem, p. 53).

¹⁶ (HESSE, 2009, passim).

Direito Privado. O que à Educação e sua necessidade diária às pessoas, é inadmissível.

A questão da Educação enquanto dever fundamental num viés contemporâneo, não visa ofender os direitos fundamentais - sua consagração jurídico-institucional, ao retrocesso social ou às conquistas estabelecidas até o presente momento.

Noutras palavras, não cabem entendimentos parciais quanto aos deveres fundamentais, “seja a do liberalismo, que não conhecia senão direitos, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos, como foi a concepção dominante no século XIX” ou “a de um comunitarismo que apenas conhece deveres, descompondo assim a liberdade numa rede de deveres, ou melhor, de funções” reputando isto à realidade, “como foi o caso dos regimes totalitários e autoritários que a Europa conheceu e viu cair no século XX”¹⁷, e até o Brasil.

O fato é que, aqueles – os direitos - devem-se somar-se a estes – os deveres - enquanto normas possíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), mormente quando a educação superior aos cegos necessita ser mais fortemente embasada.

É que a força ativa da Constituição, enquanto elemento fático na realidade, deve ser percebida além dos fatores/elementos reais de poder (como diriam Ferdinand Lassale e Konrad Hesse) – o próprio texto da mesma deve estar em constante percepção dos indivíduos em sociedade¹⁸.

¹⁷ (NABAIS, Idem, Ibidem, p. 5).

¹⁸ “A Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes. Na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)” (HESSE, Konrad. Idem. Ibidem. p. 19).

Ao que aqui se analisa, a Constituição deve ser elemento anímico das relações jurídico-sociais, estabelecendo, no que tange à Educação, o suporte na qual os diálogos e reivindicações sociais dos deficientes - e não apenas destes - devam se basear.

Há de ressaltar, também, a ratificação no ordenamento jurídico brasileiro do Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, que veio à luz para possibilitar às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades de leitura o acesso ao conteúdo de livros originalmente impressos.

Este Tratado possui aspectos jurídicos de extrema relevância. O primeiro é que admite que leis de direitos autorais antiquadas podem ser usadas como barreiras para o acesso das pessoas com deficiência visual à informação impressa, dificultando que um número amplo de obras seja convertido e distribuído em formato mais acessível.

Também, a aprovação deste se deu na forma qualificada do art. 5º § 3º da Constituição Federal, conforme Projeto de Decreto Legislativo 347/2015 do Senado Federal 57/2015, na Câmara dos Deputados¹⁹⁻²⁰.

O Direito Educacional, portanto, comunga dessa raiz e influências históricas, mais precisamente da ideia de deveres que escondem direitos, de que o dever de prestação da Educação é a face

¹⁹ Entra em vigor tratado que facilita acesso para cegos a livros www.conjur.com.br/2016-out-06/entrou-vigor-tratado-facilita-acesso-livros, Acesso em 11 de out. de 2016.

²⁰ O tratado alcança as pessoas cegas e vai além quando dispõe no seu art. 3, in verbis: Artigo 3 Beneficiários. Será beneficiário toda pessoa: a) cega b) que tenha uma deficiência visual ou uma incapacidade de percepção ou de leitura que não possa ser melhorada para alcançar uma função visual substancialmente equivalente à de uma pessoa que não tenha esse tipo de deficiência ou dificuldade, e para quem é impossível ler material impresso de uma forma substancialmente equivalente à de uma pessoa sem essa deficiência ou dificuldade; c) que não possa ser de outra forma, por uma incapacidade física, segurar ou manipular um livro ou focar ou mover os olhos na medida normalmente considerada apropriada para leitura.

oculta dos direitos à educação, ou então, trata-se de um reflexo do direito fundamental no espelho (*Seitenverkehrt gespiegelt*), (DIMITRI; MARTINS, 2011, pp. 325-327). Ademais, compreender tal fenômeno importa porquanto da necessidade de realização e efetivação do *plus* normativo constitucional que é o elemento diferencial da democracia contemporânea.

É que, “se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar resgatar os direitos de segunda e terceira dimensões, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo,” dentro outros, “é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas” (STRECK, 2014, p. 48).

3.2 Da Educação Superior

A Educação Superior possui tratamento extenso em matéria constitucional no Direito brasileiro – seja nos dispositivos em que típica e expressamente abordam esta (art. 205 a 214), seja nos próprios direitos fundamentais que se aninham na mesma (art. 5º, *caput* c/ art. 6º, *caput*).

Manoel Jorge e Silva Neto, nesta matéria, ressalta que o direito social à Educação, encartado na Ordem Econômica, põe em relevo a situação presente de que, em muito, o projeto constitucional, quando contraposto à realidade fática, mostre-se descompassado com as determinações constitucionais, quiçá até com os possíveis limiares da Carta (SILVA NETO, 2013, p. 921).

Não se pode olvidar em análise dos limites e possibilidades da Constituição brasileira que, para as normas emanadas sejam efetivas, faz-se necessário que não contenham promessas não realizáveis, que permita nítida percepção das situações jurídicas dos cidadãos e que possam ter o seu cumprimento assegurado até judicialmente. Ademais, a isto, requerem-se instituições jurídico-sociais, atitudes político-administrativas e procedimentos tangíveis aos cidadãos aptos a concretizarem os mandamentos abstratos (BARROSO, 2002, 279-280).

Fato é que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 3º, I, dispõe que, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Este pressuposto, portanto, deve se capilarizar por toda hermenêutica no Direito e obviamente ao Direito Educacional, mormente à educação superior pois esta é o *locus* onde os paradigmas do saber²¹ são criados e se manifestam.

Esta necessita, em síntese, funcionar à consecução dos princípios constitucionais multicitados e à modificação concreta da realidade. Para isto, requer que no seu bojo toda a diversidade de indivíduos da sociedade – e aqui se incluem os acometidos por cegueira, participem da formação e formatação dos diálogos entre os saberes e como estes serão ou poderão ser acessados na sociedade.

Sinteticamente, com Lenio Luiz Streck, nota-se que “a dogmática jurídica vem apostando no paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo por ele ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito* (filosofia da

²¹ “Paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornece problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 1991, p. 13).

consciência)” e, complementa expondo que “o jurista, de certo modo (...) não se considera já e sempre no mundo, mas, sim, considera-se como estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer, utilizando-se do ‘instrumento’ (terceira coisa) que é a linguagem jurídica” (STRECK, 2014, pp. 97-119).

Na esteira deste pensamento, no qual o sujeito impõe ao mundo sua subjetividade como se este foi um objeto, deve-se considerar que o saber produzido, majoritariamente, não é produzido ou influenciado por pessoas cegas – o reflexo, negativo, a estes é que suas particularidades, em muito, são ou desprezadas ou não percebidas, pois, não é incomum que a ciência não se perceba como algo influenciada no mundo e sim como uma linha direta e abstrata entre hipóteses e conclusões.

Não cabe mais tolerar as discriminações entre pessoas acometidas por cegueira e as demais que não afetadas pela mesma. Celso Antônio Bandeira de Mello, (BANDEIRA DE MELLO, 2013, pp. 17-18), leciona que a motivação de certas discriminações normativas, quando ocorrem de forma explícita, com pertinência lógica sobre a matéria dos direitos fundamentais visando proteção, o que se busca é que não se recolham da realidade social elementos que comumente são utilizados para desequiparações odiosas. Pelo contrário, taxativamente expressam-se no texto jurídico que estas não podem ocorrer, salvo os limites expressamente tratados pelas constituições. E isto há.

4 O NECESSÁRIO CUMPRIMENTO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E DAS FINALIDADES DA LDB

O senso comum teórico dos juristas, desenvolvido, em tese, por Luis Alberto Warat, espriaiasse não apenas nos aspectos teóricos do Direito, este funda, inclusive, um sistema de percepção e gerenciamento das instituições. Com isto se pode afirmar que a percepção sob o papel da universidade, os direitos e deveres desta são, majoritariamente, modelados numa perspectiva excludente dos estudantes cegos.

Esta situação redundante em raciocínio que Luis Alberto Warat já havia afirmado outrora, quando afirmou que, “os marcos institucionais funcionam como lugares de interlocução repressiva, na medida em que estabelecem uma interpretação, polissemicamente controlada, das instâncias discursivas” que visam, ou melhor “que se apropriam, chegando, em muitos casos, a estabelecer versões estereotipadas dos conceitos com uma clara função legitimadora” (WARAT, 1982, p. 55).

A Lei de Diretrizes e Bases Curriculares também dispõe no sentido do que já foi exposto, pois, nas finalidades da Educação Superior, no art. 43, II, dispõe que o saber dos diplomados deve servir à formação de profissionais que possam e colaborem com a sociedade brasileira.

Não é que necessariamente o Judiciário deva tutelar e fazer ocorrer as políticas públicas no âmbito da Educação. Partindo do postulado da Teoria da Separação de Poderes presente na Constituição Federal de 1988 (art. 2º), a judicialização das políticas públicas (STRECK, 2016, pp. 723-726; BARROSO, 2009, pp. 21-24) deve, *a priori*, ser deferente à atuação administrativa, ou, no máximo, atuar de forma conjunta com os demais Poderes, visto que não há, como notam alguns (BARBOZA; KOZICKI, 2012, pp. 79-80), legitimidade democrática ao Judiciário para que este atue de forma proeminente, em concreto, na efetivação de políticas públicas.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

No entanto, se detectada violação, cabe a tutela constitucional devida, a exemplo do juiz Maurício Porfírio Rosa que, em sede da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, determinou que a Secretaria de Educação, Cultura e Esportes de Goiás (Seduc) deveria disponibilizar professor de braille e material didático especializado para alunos com deficiência visual do Colégio Estadual Professor Joaquim de Carvalho Ferreira, em Goiânia, esteando sua fundamentação nos arts. 54 e 208 do ECA²²⁻²³.

Isto já se indiciava naquilo que Maria Bucci e Marisa Vilarino (BUCCI; VILARINO, 2013, p. 117) interpretam, pois, as reivindicações sociais em massa impuseram ao Poder Judiciário que este se portasse como arena na qual os retrocessos e progressos sociais pudessem e podem ser decididos, apesar do Legislativo e das políticas públicas do Poder Executivo. É a inegável constatação de que, no século XXI, diferentemente de outrora, as Constituições não mais possuem vigor meramente político. As mesmas, gradativa e crescentemente, são a força normativa dos progressos nas várias dimensões sociais, notadamente no Brasil.

²² Estado é obrigado a contratar professor de braille para aluno com deficiência visual. www.conjur.com.br/2016-jul-30/estado-obrigado-contratar-professor-braile-aluno-cego?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook Acesso em 11 de out. de 2016. Em demanda similar no que tange ao direito à Educação dos estudantes com autismo, o Poder Judiciário determinou que a Universidade de Goiás adaptasse curso para as necessidades específicas da doença. A tese, em síntese, foi a seguinte, “as faculdades devem fornecer atendimento especial aos alunos com necessidades específicas decorrentes de alguma doença. A medida deve ser tomada para que haja isonomia entre os universitários” Universidade de GO terá de adaptar curso a necessidade de aluno autista. www.conjur.com.br/2016-set-15/universidade-adaptar-curso-necessidades-aluno-autista Acesso em 16 de set. de 2016.

²³ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: (...) III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. cc/ Art. egem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensas aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: (...) II – de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência.

É o que Marcelo Neves (NEVES, 1996, *passim*) aborda como dupla espécie de mutação constitucional, pois além de serem realizadas alterações expressas no texto constitucional, diretamente alterando-o, certas outras mudanças na Carta podem advir de novos sentidos normativos necessários e implementados em face da concretização de uma nova realidade fática onde a Constituição vigor.

Nesta mesma toada, faz-se mister destacar que, este reconhecimento de proteção aos direitos educacionais enquanto direitos subjetivos e prestacionais de patrimônio dos cidadãos, constitui limite jurídico ao legislador e, também, obriga o Estado à prossecução de sua administração em nível nacional conforme as expectativas subjetivamente embasadas à luz da Constituição (CANOTILHO, 2003, *passim*).

5 OMISSÕES, NECESSIDADES E PROJETOS AOS EDUCANDOS CEGOS

Em pesquisa de campo realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia constatou-se que, dentro do acervo da mesma, a Biblioteca Teixeira de Freitas - que inclui o acervo de juristas como Nelson Sampaio e outros – dos cerca de 54.000 mil exemplares existentes, num espaço sujo e desdenhado, há somente 311 objetos multimídia com conteúdo jurídico²⁴, uma porcentagem ínfima. No entanto, o problema é mais grave e os números seguem.

²⁴ Os dados quanto ao acervo total foram extraídos de sítio oficial da Universidade Federal da Bahia. Disponível em <https://sibi.ufba.br/biblioteca-teixeira-de-freitas-da-faculdade-de-direito>. Acesso em 11 de out. de 2016.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Dos 311 objetos encontrados com conteúdo jurídico, 29 destes são fitas VHS, 45 são DVD, 149 são áudio CD de Revistas Especializadas (a exemplo dos nove primeiros volumes da Revista de Direito Concorrencial) e somente 88 unidades de tudo são áudio livros, uma porcentagem praticamente ínfima²⁵

O livro mais atualizado encontrado foi o “Curso de Direito Constitucional” de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, na sua 7ª (sétima) edição, do ano de 2012. Como é perceptível, ainda que um estudante cego conseguisse adentrar na Faculdade de Direito, é possível considerar que seria praticamente impossível ao mesmo que este pudesse realizar pesquisas na unidade. O tripé do que é a Educação – Ensino, Pesquisa e Extensão (art. 43 da LDB), da forma como as coisas estão, potencialmente está violado.

Sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) é perceptível, somente confrontando os dados colhidos, concluir por uma série de desconformidades da Biblioteca Teixeira de Freitas para com os comandos normativos da Lei, mormente no que dispõe nos seus arts. 28, XIII e 68²⁶.

²⁵ Vale ressaltar que o local no qual estes ficam armazenados foi percebido extremo descaso – inclusive, havia teias de aranha no material como um todo e isto é simbólico da consideração prestada.

²⁶ Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: (...) XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas; cc/ Art. 68. O poder público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, à edição, à difusão, à distribuição e à comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em publicações da administração pública ou financiadas com recursos públicos, com vistas a garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação. § 1o Nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou a atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, o poder público deverá adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofereçam sua produção também em formatos acessíveis.; § 2o Consideram-se formatos acessíveis os arquivos digitais que possam ser reconhecidos e acessados por softwares leitores de telas ou outras tecnologias assistivas que

Do que se percebeu, é de se extrair que, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia não há nem mesmo um mínimo existencial educacional à educação de bacharéis cegos²⁷⁻²⁸, apesar do pouco material identificado.

E, se numa Universidade Pública, mais precisamente, numa Faculdade de Direito, a realidade é essa, isto conota que, em diversas outras unidades, não apenas na Bahia como também noutros Estados da Federação perpassam por questões similares ou até piores no desrespeito aos direitos das pessoas portadoras de deficiência.

6 CONCLUSÃO

Há muitíssimo a se fazer. Como exposto, a tese citada alhures parcialmente se comprovou. A Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia não possui ementário curricular bibliográfico totalmente conforme a Constituição da República Federativa do Brasil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência no tocante ao direito educacional dos cegos, fato que mitiga a inclusão destes e necessita ser demonstrado, criticado e exposto, com a finalidade de melhoras das atuais condições

vierem a substituí-los, permitindo leitura com voz sintetizada, ampliação de caracteres, diferentes contrastes e impressão em Braille.; § 3º O poder público deve estimular e apoiar a adaptação e a produção de artigos científicos em formato acessível, inclusive em Libras.

²⁷ Não se pode deixar de elogiar o NAPE (Núcleo de Apoio à Inclusão do Aluno com Necessidades Educacionais Especiais) da UFBA por todo esforço realizado no sentido de fazer cumprir e respeitar os direitos das pessoas cegas.

²⁸ O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça” (BARCELLOS, 2002, p. 305).

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Por tudo que se expôs, há teses jurídicas que ensejariam até a urgência no cabimento de medidas judiciais. Contudo, é de império que, de primeiro plano, esta pesquisa, como posto, seja encaminhada aos órgãos administrativos competentes para que (re)conheçam das omissões inconstitucionais parciais até agora perpetradas e as resolvam. Ademais, é necessário ir além. Afinal, a mera aquisição de materiais em braile pode não ser totalmente efetiva, já que cegos podem, também e eventualmente, não conhecer a linguagem brasileira de sinais ou o braile.

Outra solução possível ao problema enfrentado e que mitigaria a intercessão judicial no âmbito universitário é a criação de um fundo econômico específico e gerido por uma curadoria universitária paritária para as necessidades dos estudantes com deficiência na Universidade Federal da Bahia ou especificamente na Faculdade de Direito da mesma que, quando do ingresso de estudantes com deficiências visuais, ou até outras, pudesse ser manejado a solver as problemáticas enfrentadas por tais pessoas.

Mas, apesar de tais considerações, urge salientar que, não sendo isto feito – não sendo nada feito, caberá somente ao Poder Judiciário socorrer àqueles que tiveram e tem seus direitos violados.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAHIA, Saulo Casali. O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais. In: **Desafios do constitucionalismo brasileiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales? In: **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, pp. 211-244.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle de políticas públicas. In: **Revista Direito FGV**, v. 8(1), 2012, pp. 59-86.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2002.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 13. Madrid: Espanha, 2009, pp. 17-32.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Educação e Constituição. **Revista Ângulos**. n. 21. Centro Acadêmico Ruy Barbosa: Salvador, 1999.

BRASIL. **Braile aumenta inclusão de cegos na sociedade**. Disponível em: www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/01/braile-aumenta-inclusao-de-cegos-na-sociedade Acesso em 29 de ago. de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

Acesso em 29 de ago. de 2016.

_____. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-

2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em 29 de ago. de 2016.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/_Ato2015-

2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em 29 de ago. de 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: ABMP, Todos pela Educação (orgs.). **Justiça pela qualidade na educação.** São Paulo: Saraiva, 2013.

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

CUNHA, Célio da. Justiça pela inclusão e qualidade na Educação. In: In: ABMP, Todos pela Educação (orgs.). **Justiça pela qualidade na educação.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. Deveres Fundamentais, In: **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FOGLI, Bianca Fátima Cordeiro dos Santos; FILHO, Lucindo Ferreira da Silva. A formação profissional da pessoa com deficiência: barreiras e possibilidades. **Revista Nossos Meios**. 42. ed. Instituto Benjamin Constant: São Paulo, abr. 2009. Disponível em: www.ibc.gov.br/Nucleus/?catid=4&itemid=10189, Acesso em 10 de jul de 2016.

FRANCO, João Roberto; DENARI, Fátima Elisabeth. A sociedade e a cegueira: discriminação e exclusão. **Revista Benjamin Constant (Rio de Janeiro)**, v. 17, p. 05-12, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspeciva, 1991.

A INADEQUAÇÃO BIBLIOGRÁFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Habeas Educationem: em busca da proteção judicial ao acesso ao ensino fundamental de qualidade**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009

_____. **Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v.5, n. 20, out. 2015. Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf Acesso em 15 de jan. de 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. 33. n. 132, out/dez. 1996.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela Educação (orgs.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: uma análise na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. In: **Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

SILVA, Alessandra Nery Obelar da; TAUCHEN, Gionara. Políticas públicas, espaços e lugares: as questões de pertencimento de deficientes visuais à educação superior. **Revista Nossos Meios**. 50. ed. Instituto Benjamin Constant: São Paulo, dez. 2012. Disponível em: www.ibr.gov.br/Nucleus/?catid=4&itemid=10310, Acesso em 10 de jul de 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada. In: **Revista Espaço Jurídico**, v. 17, pp. 721-732, 2016.

TEIXEIRA, Anísio. **A educação não é um privilégio**. 4. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

WARAT, Luis Alberto. Senso crítico e senso comum dos juristas. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**. v. 03, n. 05, UFSC: Florianópolis, 1982, pp. 48-57.