



UNISUL

DE FATO E DE

DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina



UnisulVirtual



UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 18
JANEIRO A JUNHO | 2019



Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem a prévia autorização desta instituição.
Copyright © UnisulVirtual 2019



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

Reitor

Mauri Luiz Heerd

Vice-Reitor

Lester Marcantonio Camargo

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Hércules Nunes de Araújo

Pró-Reitor de Administração e Operações

Heitor Wensing Júnior

Assessor de Marketing, Comunicação e Relacionamento

Fabiano Ceretta

Diretor do Campus Universitário de Tubarão

Rafael Ávila Faracor

Diretor do Campus Universitário da Grande Florianópolis

Zacaria Alexandre Nassar

Directora do Campus Universitário UnisulVirtual

Ana Paula Reusing Pacheco

Campus Universitário UnisulVirtual

Directora

Ana Paula Reusing Pacheco

Gerente de Administração e Serviços Acadêmicos

Renato André Luz

Gerente de Ensino, Pesquisa, Pós-graduação, Extensão e Inovação

Moacir Heerd

Gerente de Relacionamento e Mercado

Guilherme Araujo Silva

Gerente da Rede de Polos

José Gabriel da Silva

Universidade do Sul de Santa Catarina
Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

UNISUL DE FATO E DE DIREITO

ANO IX | Nº 18
JANEIRO A JUNHO | 2019



Unisul De Fato e De Direito

Rosângela Tremel MSc.

Editor-chefe

OAB/SC 13.891 | DRT/SC 919-JP

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adolfo Mamoru Nishiyama - UNIP
Prof. Dr. Alex Sandro Sommariva - UNISUL
Prof^a. MSc. Ana Márcia Marquez Targa - OAB/SP
Prof. Dr. Baltazar de Andrade Guerra-UNISUL
Prof. Dr. Felipe Asensi - UERJ
Prof. Dr. Gilberto Fachetti - UFES
Prof. Dr. José Calvo Gonzáles - Universidade de Málaga
Prof. Dr. José Eduardo de Miranda - Universidade de Deusto
Prof^a. Dr^a. Karla Leonora Dahse Nunes - UNISUL
Prof. MSc./Doutorando Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira - Instituto Brasileiro de Direito Desportivo
Prof. Msc. Lester Marcantonio Camargo - UNISUL
Prof. Dr. Luciano Nascimento Silva - UEPB
Prof. MSc. Mauricio Daniel Moncons Zanotelli - UNISUL
Prof. Dr. Miguel Gutiérrez Bengoechea - Universidade de Málaga
Prof^a. Dr^a. Milene Pacheco Kindermann - UNISUL
Prof. Dr. Omar Toledo - Universidade Nacional Mayor de San Marcos
Prof^a. Esp. Rejane Johansson - UNISUL
Prof. Dr. Rennan Faria Kruger Thamay - FADISP
Prof. Dr. Sidney Eloy Dalabrida - UNISUL
Prof^a. MSc. Solange Büchele S.Thiago- UNISUL
Prof^a. Esp. Tatyane Barbosa Phillipi- UNISUL
Prof^a. Esp./Doutoranda Virginia Lopes Rosa- UNISUL
Prof. MSc. Zacaria Alexandre Nassar - UNISUL

Pareceristas Permanentes

Prof. Dr. Alexandre Botelho - UNISUL
Prof. MSc./Doutorando Arthur Bezerra de Souza Júnior - Mackenzie/UNIP/UNINOVE
Prof. Dr. Bruno Stigert - Estácio de Sá Juiz de Fora
Prof. Claudio Joel Brito Lóssio, OAB | SP
Prof. Msc. Evinis Talon -UNISC
Prof. Dr. Jonathan Regis - UNIVALI
Prof. MSc. Paulo Carvalho - UNISUL
Prof. Dr. Rafael Freire Ferreira - UNIME
Prof^a. Dr^a. Regina Celia Pezzuto Rufino - UNIP
Prof. Dr. Rodrigo Ferreira - UEPB

Créditos

Assessoria de Ensino UnisulVirtual

Lis Airê Fogolari

Projeto editorial

Frederico Trilha

Diagramação

Frederico Trilha

Capa

Foto: *Shining Sunbird* (*Cinnyris habessinicus*)

Fotógrafo: Tycho Brahe Fernandes (autorretrato-alheio.blogspot.com.br)

ISSN

2358-601X

UNA- Ciências Sociais, Direito, Negócios e Serviços

U49

Unisul de fato e de direito : revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina / Universidade do Sul de Santa Catarina. – v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010) – . Palhoça : UnisulVirtual, 2019.

Semestral

ISSN 2177-5303

e-ISSN 2358-601x

1. Direito. I. Universidade do Sul de Santa Catarina.

CDD 340

Sumário

EDITORIAL

DE FATO

Por Rosângela Tremel

MOMENTOS EM DESTAQUE	11
CONSELHEIROS EM DESTAQUE	13

DE DIREITO

A VERTENTE RACIONAL DO JUSNATURALISMO	19
---	----

Reis Fricde

A EXPANSIVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MOTE DO ATIVISMO JUDICIAL ..	33
---	----

Arthur Bezerra de Souza Junior

Ronaldo de Oliveira Jarnyk

CONSIDERAÇÕES SOBRE DEMOCRACIA, ATIVISMO E JURISDIÇÃO: O “JUIZ ATLAS” E OS EFEITOS DE SUA ATUAÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS INSERIDOS NA CONSTITUIÇÃO	43
--	----

Raphael de Souza Almeida Santos

DESLOCAMENTO AMBIENTAL: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS OBSERVADAS ATRAVÉS DAS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE	57
--	----

Yury Augusto Dos Santos Queiroz

Helaine Siqueira Garcia

DIREITO AO SOSSEGO	75
--------------------------	----

Juliana Kairalla Garcia Viotti¹

Najla Pintarich Sahyoun²

A OBSERVÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: APLICAÇÃO ANÁLOGA DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO GARANTIA DO RESULTADO EFICIENTE	87
--	----

Carolina Schaufert Ávila da Silva

O DIREITO DO TRABALHO E A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO SOCIAL AOS TRABALHADORES BRASILEIROS	97
---	----

Renata Do Val

LA OCASIÓN COMO ELEMENTO ESCENCIAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN ITALIA Y SU ENFOQUE JURIDICO-LEGAL EN SUDAMÉRICA	109
--	-----

Irving Alao Rojas Valentino

LA INCLUSIÓN LABORAL PARA EL TRABAJO DIGITAL	139
--	-----

Julio Ismael Camacho Solís

Juan Carlos Román Fuentes

A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO, INCLUSIVE VIRTUAL, DA PUBLICIDADE NA ADVOCACIA PELA OAB	151
---	-----

Bíblia Jr.

POLÍCIA DE PROXIMIDADE E O PROJETO “SOU ESTUDANTE, SOU CIDADÃO”: UMA ANÁLISE ACERCA DOS RESULTADOS PROMOVIDOS PELA POLÍCIA MILITAR DE CAMBORIÚ/SC	161
--	-----

Jonathan Cardoso Régis

Thiago Teixeira Ghilardi

ENTRE O HOMESCHOOLING E A FREQUÊNCIA ESCOLAR: ASPECTOS JURÍDICOS	177
--	-----

Vanicle Medeiros Da Luz

O COMPLIANCE E O DIREITO PREVENTIVO	191
<i>Claudio Joel Brito Lóssio</i>	
<i>Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos</i>	
AS LIBERDADES CIVIS E A INTERNET	197
<i>Ana Cláudia Sousa de Campos</i>	
O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO AO INQUÉRITO POLICIAL	207
<i>André Luiz Bermudez Pereira</i>	
A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE DA MULHER EM DECORRÊNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	227
<i>Thayane Sulcima Azvedo</i>	

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO

DIRETRIZES PARA AUTORES

Editorial

Prezado leitor, razão de ser de todos os autores aqui reunidos,

Ao navegar por estas páginas, que registram diferentes saberes, faça-o com a delicadeza meticulosa da ilustração de nossa capa: o clique mágico feito em Dikhil, no Djibuti, que revela a ave *Shining Sunbird* (*Cinnyris habessinicus*) através do olhar de Tycho Brahe Fernandes (autorretrato-alheio.blogspot.com.br).

Ao longo de nossas muitas páginas, concentre-se nos detalhes.

Na Seção De Fato observe o quanto temos avançado em nossa trajetória par e passo com a equipe editorial de conselheiros e pareceristas que não só enriquecem nosso periódico com os rigores de suas observações, como alimentam o mundo acadêmico através de seguidas publicações advindas de suas incessantes pesquisas. Há realce para a produção da equipe editorial na coluna Conselheiros em Destaque e para alegrias vivenciadas por autores em consequência de publicação em nossa Revista.

Os artigos, sempre voltados para a sustentabilidade jurídica e sistêmica, trazem uma gama enorme de abordagens tratando do jusnaturalismo; do ativismo judicial; da crescente preocupação com questões de compliance; das consequências dos desequilíbrios ambientais e das responsabilidades civis decorrentes; do direito ao sossego; da controversa questão do ensino domiciliar; dos limites éticos dentre os quais deve estar cingida a publicidade do advogado; do inquérito policial; da liberdade no mundo da internet; das questões trabalhistas em relação aos direitos sociais dos que laboram face à discutida Reforma; do registro do olhar de estudiosos de diferentes países que pensam sobre o direito do trabalho na era digital ou, de quem se debruça sobre a eterna preocupação que é o acidente de trabalho ou, ainda, sobre questões do universo feminino. Para os que produzem pesquisas, um exemplo de trabalho bem elaborado, exemplo e incentivo aos pesquisadores do direito na prática: Polícia De Proximidade e o Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão.”

Contarmos com autores internacionais, nesta edição do México e da Itália, são robustos indicadores que marcam a capilaridade de nossa Revista, que, conforme as estatísticas do aplicativo determinado oficialmente pelo Portal de Periódicos da Unisul, tem leitores em muitos e diferentes lugares. O destaque fica por conta dos Estados Unidos, França, Peru e Portugal (quase sempre nesta ordem). A grata surpresa se deve à constante presença de diferentes países africanos.

Na seção dedicada aos alunos percebe-se, pelas ementas, que há incessante busca por novos temas, certamente fruto direto da dedicação do corpo docente.

Boa e profícua leitura!

Rosangela Tremel

Editor-chefe

DE FATO

Por Rosângela Tremel



Momentos em Destaque

II Ciclo de Pesquisa do Curso de Direito

No dia 3 de dezembro, a convite do Grupo de Pesquisa Justiça e Sociedade, através da Professora Milene Pacheco Kindermann, Conselheira Editorial De Fato e De Direito, contamos a história de nossa Revista na abertura do II Ciclo de Pesquisa do Curso de Direito, em Tubarão, incentivando todos a publicar.

Tivemos o prazer de falar lado a lado com o Professor Fabio Rauem em rico momento acadêmico prestigiado com a presença do coordenador do Curso de Direito de Tubarão, Mauricio Zanotelli, Conselheiro Editorial da Revista Jurídica da Unisul.

Como material didático

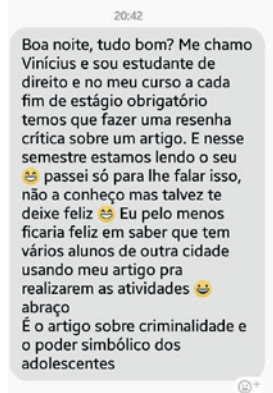
Em não só na Unisul e na Universidade Presbiteriana Mackenzie a Revista De Fato e De Direito é usada como material didático. O artigo “A origem do estado: uma visão a partir dos contratualistas-absolutista (Thomas Hobbes), liberal (John Locke) e democrática (Jean-Jacques Rousseau)”, assinado pelos professores Arthur Bezerra de Souza Júnior e Ronaldo De Oliveira Jarnyk, foi utilizado na UNIP pelo Professor José Marques, na disciplina de Ciência Política e abordado na matéria Direito Econômico, como suporte teórico para estudo da propriedade privada.

No discurso de formatura da UNIP

É da UNIP –Universidade Paulista (São Paulo capital) que também vem a emoção de ver a Unisul, através de sua Revista Jurídica, ser citada nominalmente durante a solenidade de colação de grau da turma de direito 2018/2. Professores que publicaram na De Fato e De Direito anunciaram novos artigos para breve. Foi emocionante.

Alegria de autor: na internet

A professora Tatiana Emerich compartilhou conosco uma das grandes alegrias de autor: a resposta do leitor. Para ela veio através de um bilhetinho informal, no Facebook, assinado por Vinicius, tão somente.

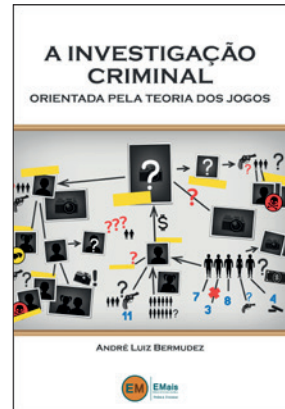


Investigação criminal

O professor do curso de direito da Unisul, André Luiz Bermudez Pereira, lançou livro sobre tema dos mais interessantes em abordagem diferenciada: A investigação Criminal Orientada pela Teoria dos Jogos, editora EMais.

Resultado de sua detalhada dissertação de mestrado, a obra trata da compreensão do sistema de persecução criminal sob o enfoque da fase extrajudicial, estabelecendo correlação com a Teoria dos Jogos, que se apresenta como ferramenta diferencial no processo de tomada de decisão.

A leitura é um convite a integrar o rol de *players*.



Conselheiros em destaque

Declaração Universal dos Direitos Humanos- DUDH, uma obra completa

Declaração Universal dos direitos humanos: 70 anos, livro organizado pelos professores doutores Flávia PIOVESAN, Adolfo Mamoru NISHIYAMA e Rafael DE LAZARI, sob o selo D'Plácido, é obra que se destaca em contexto da data comemorativa, lembrando que foi festivamente lançado em dezembro último, por ocasião do aniversário desta fundamental Declaração (DUDH).

Trata-se de acurada edição, cheia de detalhes importantes, milimetricamente apresentados. Dividida em 5 partes e trazendo contribuições de diferentes autores, com abordagens as mais diversas, o leitor encontrará com facilidade: DUDH e desafio contemporâneos; DUDH e direitos da natureza incluindo biocídio e ecocídio; DUDH e o discutido direito ao esquecimento; DUDH na educação e fortalecendo a dignidade humana; DUDH na democracia como objeto do direito constitucional e relacionado às liberdades públicas; DUDH e a proteção aos vulneráveis, bem como sua contribuição ao direito coletivo.

O leitor que se debruçar sobre estas páginas terá uma visão completa dos muitos ângulos da sempre atual questão dos direitos humanos. Tal qual as bandeiras que ilustram a capa, o conteúdo se entrelaça e a edição permite que se busque, já na orelha do livro, tema e autor de maior interesse.

Ser uma das autoras integrantes deste livro, que já é referência na área, é momento especial em minha carreira de escriba. Trata-se de leitura que se impõe, obra coletiva capitaneada por expoentes no estudo dos direitos humanos que, com certeza, se constitui em material didático indispensável para muitas disciplinas correlatas, bem como consiste em uma série de sugestões para que se possa tornar o mundo em que vivemos um lugar mais humano.



Reforma trabalhista ao alcance de um clique: download gratuito

Sob o selo EDUEP – Editora da Universidade Estadual da Paraíba, a 4ª maior editora universitária dentre as mais de cem que integram a Associação Brasileira de Editoras Universitárias ABEU, e com o incentivo de seu diretor, professor doutor Luciano Nascimento, **Reforma Trabalhista, primeiras impressões**, e-book com quase mil páginas está à disposição de todos os que se interessam pelo tema, como estudiosos ou na qualidade de trabalhadores. Por registrar os primeiros artigos escritos após a entrada em vigência da lei, trata-se de referencial histórico para toda e qualquer pesquisa sobre o tema. Por tratar-se de contribuição social, o download é gratuito: <http://eduepb.uepb.edu.br/e-books/>.



Poder Econômico em trilogia

A complexidade do direito econômico não intimidou os professores Arthur Bezerra de Souza Junior (Universidade Presbiteriana Mackenzie) e Felipe Asensi (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) que buscaram autores espalhados pelo Brasil para compor obra coletiva abordando concentração do poder econômico, direito concorrencial, direitos humanos e sua relação com o direito penal econômico, bem como ingerências e limites do Estado.

Tema multifacetado e dividido em três volumes, sob selo Ágora21, o extenso trabalho surge como baluarte para estudo dos complexos liames que Estado e economia traçam diariamente, moldando o caminho de cada cidadão.

Além do mundo acadêmico, que crescentemente se debruça sobre esta vertente jurídica, a obra também se destina ao empreendedor que deseje se inteirar de situações que pululam no cotidiano empresarial, onde a palavra *compliance* se encaixou para ficar no contexto da livre concorrência, tema que esta editora-chefe teve a honra de desenvolver e que foi escolhido para abertura do volume 2 da trilogia.



Criminologia Visual

O professor José Calvo, da Universidade de Málaga, na Espanha e conselheiro editorial De Fato e De Direito, assina obra para série Ciências Criminais, Editora Tirant Lo Blanch / Empório do Direito que, sob o título “Criminologia Visual: selos postais como artefatos imagéticos de aculturação ideológico-jurídica” se transforma em leitura obrigatória pela singularidade da abordagem.

Autoridade mundial em direito e literatura, José Calvo partilhou em suas redes sociais o fruto de cada selo pesquisado, dividindo suas primeiras impressões conosco, seus seguidores. Desta acurada pesquisa emerge o livro que, para usar palavras do próprio autor é o resultado de:

“Reparar nos selos, com uma visão jurídica não implicada por uma lente convexa, modificando o ponto focal, para corrigir o erro de refração, mirando de modo divergente. Não proponho a visão concentrada de uma lupa, mas a aberta, a panorâmica oferecida pelo observador.”

E professor Calvo vai além, sugerindo: “olhar para o horizonte, que é onde o olhar é esvaziado por uma perspectiva imagética e leva a outras imagens mais distantes.” A todos nós, seus eternos alunos, ele sugere: “Olhe com outra imaginação, para ampliar os limites imagináveis ou, pelo menos, projetá-los. Porque o jurista, de fato, pode optar por manter um olhar estreito e dogmático (um olhar de Medusa, petrificante), excludente, fixo, abstrato, isolado, retilíneo, ou bem fazer do seu olhar uma construção crítica; isto é, torná-lo extenso, discutível, inclusivo, dinâmico, concreto, interrelacional, curvo.”



DE DIREITO



A VERTENTE RACIONAL DO JUSNATURALISMO

THE RATIONAL STRAND OF JUSNATURALISM

Reis Friede¹

Resumo: O debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre as características do denominado Jusnaturalismo Racional (ou Moderno).

Palavras-Chave: Direito Natural. Jusnaturalismo Racional. Juspositivismo.

Abstract: *The debate regarding Jusnaturalism and Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers for a long time. Although it may be affirmed that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and Natural Law has already been overcome, there are numerous aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding divergent opinions, which struggle for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates precisely the opposite, given that it could not eliminate the esteem of the thinkers for the subject in discussion. Therefore, the current work analyses the characteristics of the so-called Rational (or Modern) Jusnaturalism.*

Keywords: *Natural Law. Rational Jusnaturalism. Juspositivism.*

¹ Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

1 INTRODUÇÃO

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática que se pretende desenvolver no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos.

De qualquer forma, trata-se, inegavelmente, de um dos grandes debates da Filosofia do Direito, a responsável por refletir

Sobre o Direito e seus postulados, com o objetivo de formular o conceito do jus e de analisar as instituições jurídicas no plano do dever-ser, levando-se em consideração a condição humana, a realidade objetiva e os valores justiça e segurança (NADER, 2017, p. 5).

Mascaro (2015, p. 52), ao afirmar que “os variados caminhos da compreensão do Direito são também perspectivas teóricas que refletem posições políticas práticas do jurista em face da realidade jurídica e social”, demonstra, nitidamente, a atualidade do debate em torno do Jusnaturalismo e do Juspositivismo.

Como será abordado ao longo da digressão, o assunto ora introduzido apresenta, como um de seus aspectos fundamentais, um embate quanto à relação entre a moral e o Direito (ou vice-versa). Em termos genéricos e meramente introdutórios, a doutrina, ao aludir à clássica dicotomia em exame, afirma que o Direito Natural, em contraposição ao Direito Positivo, tem sido conceituado, contemporaneamente, como um conjunto de princípios de caráter universal, permanente e imutável. Hans Kelsen (1996), por exemplo, um dos mais importantes juspositivistas, assevera que a doutrina do Direito Natural é caracterizada por ser *idealista-dualista*, na exata medida em que assenta, ao lado do Direito Positivo (direito real, mutável e posto pelo homem), um direito ideal, imutável e natural (o Direito Natural). Desta forma, em tal argumento kelseniano, a natureza (em geral) ou a natureza (em particular) do homem funciona como uma autêntica autoridade normativa (autoridade legiferante), de modo que aquele que observa os preceitos naturais atua de maneira justa, sendo que tais preceitos (isto é, as normas de conduta justa) são imanentes à natureza, e, por conseguinte, imutáveis, em contraste com as normas pertinentes ao Direito Positivo, que procedem da vontade humana e são mutáveis (KELSEN, 1996).

Ademais, assevera-se que o Direito Natural, cujo fundamento (conforme a concepção que se adote) seria a natureza das coisas, a vontade divina ou a razão humana, seria válido por si mesmo e legitimado por uma ética superior à própria normatividade do Estado, incidindo no espaço social como um todo, independentemente do lugar (*universalidade*), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; em contraposição, o Direito Positivo (enquanto obra humana) seria produto histórico de uma sociedade, vigendo, portanto, em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder o respectivo sentido de validade por decisão política do próprio Estado.

Sgarbi (2007, p. 692-693) esclarece que, tendo em vista “as variadas elaborações sobre a natureza do Direito Natural”, preferível seria empregar-se o termo *jusnaturalismos* (no plural), ao invés de *jusnaturalismo* (no singular), reconhecendo, em sequência, que os próprios autores, de um modo geral, optam pelo emprego da expressão (singularizada) *Direito Natural*, o que não afasta a ambiguidade que lhe é imamente.

Não obstante a advertência semântica acima anotada por Sgarbi, os escritos que se propõem a analisar o tema em questão frequentemente utilizam o termo *Jusnaturalismo* e a expressão Direito Natural como sinônimos, exatamente como se procederá na presente abordagem.

2 A POLÊMICA TEMÁTICA E AS RESPECTIVAS VERTENTES JUSNATURALISTAS

Como se não bastasse a equívocidade inerente à própria expressão Direito Natural, a doutrina aponta, ainda, uma série de concepções que surgiram ao longo do tempo com o fim de justificar a existência de direitos naturais. Neste sentido, Wolkmer (1989, p. 124) assevera que “o jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo”, concepções que podem ser traduzidas na “crença de um preceito superior advindo da ordem natural das coisas, da vontade divina ou mesmo da consciência e da razão do homem”, a revelar os próprios fundamentos históricos do Jusnaturalismo.

Tal multiplicidade de fundamentos inerentes ao Jusnaturalismo (conforme veremos: a natureza das coisas, a vontade divina, a razão humana) reflete a própria polêmica que sempre abarcou o tema em epígrafe.

No âmbito de um preliminar exame histórico sobre o tema, Bugallo (2009), sinteticamente, observa que o Jusnaturalismo e respectivas sustentações teóricas acompanham “as nuances da cultura ocidental”:

Surgiu na civilização greco-romana como elemento integrante e resultado de concepções mítico-religiosas, adquiriu consistência com as concepções filosóficas, teve grande repercussão política com Sócrates e os sofistas, aperfeiçoou-se no período sistemático, polarizado em Platão e Aristóteles e projetou-se no período heleno-romano, especialmente através do epicurismo e estoicismo. Consolidou-se na Baixa Idade Média, tanto no apogeu da Escolástica, com Tomás de Aquino, Boaventura e J. Duns Scoto (séc. XIII), quanto na decadência (séc. XIV/XV), com Guilherme de Ockam. Mesmo antes do surgimento da Escolástica, merece destaque Agostinho de Hipona, não só em razão da teoria do Direito Natural, quanto, sobretudo, da teoria do poder. (BUGALLO, 2009, p. 3).

De acordo com Bittar (2001, p. 184), independentemente de sua longevidade histórica, o debate a respeito da “noção de Direito Natural deve reavivar o que há de nuclear em sua definição, ou seja, a ideia de natureza”, aduzindo o autor que a “perda da semântica do termo natureza, incorporado que foi no bojo da expressão Direito Natural, provocou a erosão do valor que se agrega e que se carrega no mesmo”. Ao discorrer sobre tal problema de ordem semântica, e resumindo as diversas concepções jusnaturalistas forjadas ao longo dos tempos, Bittar assinala que “os direitos, conforme o entendimento e a significação da palavra natureza, decorreriam ou da própria constituição do mundo natural [...], ou da natureza racional do homem [...], ou da natureza sociopolítica humana [...]”, dando margem ao surgimento de diversos modelos de Jusnaturalismo (BITTAR, 2001, p. 185).

3 O JUSNATURALISMO MODERNO (OU RACIONAL)

A doutrina, de um modo geral, reconhece a relação que há entre as correntes jusnaturalistas (principalmente a moderna) e a visão contemporânea sobre direitos humanos e Estado Democrático de Direito, notadamente quando tais perspectivas passam a conceber o Direito não mais a partir de fundamentos espirituais ou divinos. Bittar (2008, p. 2), por exemplo, recorda que

O racionalismo moderno universaliza a razão humana, secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja consagração se deu com as Declarações do século XVIII, em especial com a Declaração de Direitos de Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Tal fase, segundo Nader (2010, p. 174), será caracterizada por quatro marcas fundamentais (o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; a admissão da existência remota do estado de natureza; o contrato social como origem da sociedade; a existência de direitos naturais inatos), sendo certo afirmar que foi justamente a denominada Escola Clássica do Direito Natural que “promoveu a laicização do Direito Natural”, mormente pelo fato de ter indicado “a natureza humana como fonte e apontar a razão como via cognoscitiva”, tendo tal Escola, no entanto, incorrido em alguns equívocos, “notadamente ao pretender a criação de verdadeiros códigos de Direito Natural, onde se alcançavam pormenores da regulamentação da vida social, em vez de limitar-se à análise dos princípios norteadores desse Direito” (NADER, 2010, p. 174).

Soares (2013, p. 144) ilustra que, “quando o homem do Renascimento produziu uma inversão antropocêntrica na compreensão do mundo, vendo-o a partir de si mesmo” e, por conseguinte, “não mais a partir de Deus, o tratamento do problema da justiça sofreu uma marcante inflexão”, sendo o Jusnaturalismo Teológico, então, gradativamente substituído por uma concepção Jusnaturalista Racional, movimento que se utilizou da ideia de “uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado, sob pena do direito positivo corporificar a injustiça”.

Conforme retrata metaforicamente Cunha (2001), observa-se que “não há um direito justo no céu dos conceitos platônicos, e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar”; desta feita, prossegue, a questão inerente ao Direito Natural “não é descobrir esse celestial livro de mármore onde, gravadas a caracteres de puro ouro, as verdadeiras leis estariam escritas, e que, ao longo dos séculos, sábios legisladores terrenos não conseguiram senão vislumbrar” (CUNHA, 2001, p. 94).

Assim, conforme comentam Bittar e Almeida (2011, p. 279; 289), “Deus deixa de ser visto como o emissor das normas jurídicas, ou como última justificação para a existência das mesmas”, fenômeno que indicou “um novo caminho a ser percorrido pela Ciência Jurídica, que deixa de estar ligada a concepções mítico-religiosas, para buscar seu fundamento último na razão”, reflexão que teve Hugo Grócio (1538-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Spinoza (1632-1677), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804) como alguns de seus principais representantes.

3.1 O JUSNATURALISMO EM HUGO GRÓCIO

Consoante o magistério de Nader (2017), Hugo Grócio, já no século XVII, contribui para o processo de “laicização do Direito”, notadamente porque “pretendeu desvincular de Deus a ideia do Direito Natural”, pensamento cuja síntese encontra-se expressa na frase: “O Direito Natural existiria, mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos” (NADER, 2017, p. 33-34).

Compreender a transição da origem divina dos direitos naturais para a sua concepção fundada na razão humana exige uma análise mínima do contexto histórico no qual se encontrava inserida a Europa a partir do século XVI, cujos movimentos políticos, econômicos e científicos repercutiram fortemente na cultura ocidental daquela quadra, inclusive na Filosofia e no Direito. Nesta conjuntura, Hugo Grócio (2004), advogado e pensador holandês dos séculos XVI e XVII (1583-1645), em sua obra *De Jure Belli ac Pacis* (O Direito da Guerra e da Paz, 1625), publicada durante a Guerra dos Trinta Anos², consagra uma nova dimensão jusnaturalista, fundada, agora, na razão humana, cujas premissas propõem, em linhas gerais, um Direito Natural não alicerçado em questões de fé.

² Conflito religioso entre católicos, luteranos e calvinistas que durou de 1618-1648.

Hugo Grócio “tinha interesses tanto profissionais como filosóficos na consolidação do Direito Internacional e do Direito de Guerra”, mormente se considerarmos o fato de que, à época, os “Países Baixos, como nação comercial, tinham de fazer frente à supremacia marítima da Espanha e de Portugal”, o que de certa forma explica o fato de Grócio, enquanto “representante de uma potência mais fraca”, invocar “a justiça como forma de resolver suas disputas com as mais fortes” (EDMUNDSON, 2006, p. 25).

Destarte, Grócio (2004), refletindo aquele momento histórico, e objetivando elaborar uma construção normativa baseada em princípios racionais, refutou a concepção segundo a qual o Direito Natural teria a religião como substrato.

Segundo alude Edmundson (2006, p. 29), as elucubrações teóricas de Grócio legaram à posteridade três grandes inovações: a) “tratar a justiça como uma questão de observância e exercício de direitos individuais”; b) “separar da teologia o estudo dos direitos”; c) “desvincular a filosofia política da busca pela forma ideal de governo graças ao reconhecimento da possibilidade de existência de formas diversas e igualmente legítimas, criadas por diferentes povos, no exercício de seus direitos em diferentes circunstâncias”.

Na mesma linha de raciocínio, Diniz (2000, p. 39) leciona que o Direito Natural, na visão de Grócio, “seria o ditame da razão, indicando a necessidade ou repugnância moral, inerente a um ato por causa da sua conveniência ou inconveniência à natureza racional e social do homem”, motivo pelo qual seria “moralmente necessário e conveniente a celebração de pactos sociais, em que o povo livremente escolhia a forma de seu governo, sem se ater às qualidades objetivas do regime, mas à sua preferência subjetiva, de modo que a livre escolha é o critério do ordenamento jurídico”, sendo lícito afirmar, desta feita, que Grócio efetivamente “libertou a ciência do direito de fundamentos teológicos, cedendo às tendências sociológicas de seu tempo, e intuiu que o senso social, tão peculiar à inteligência humana, é fonte do direito propriamente dito”, deflagrando, pois, o processo de laicização do Direito Natural.

3.2 O JUSNATURALISMO EM THOMAS HOBBS

Thomas Hobbes (1588-1679), pensador inglês, afirmava que a condição humana seria, por natureza, agressiva e egoísta, asseverando, ainda, que o homem, sem um poder forte e suficiente para lhe impor limites, atuaria como “lobo do próprio homem” (*homo hominis lupus*), visão fortemente impregnada de negatividade.

Para ele [Hobbes], sem as restrições que o Estado impõe, a vida seria ‘solitária, miserável, sórdida, brutal e curta’ [...], sendo necessário um poder soberano para evitar as horrendas circunstâncias de uma ‘condição de simples natureza’, que é uma situação de guerra ‘de todos os homens contra todos os homens’. (EDMUNDSON, 2006, p. 32).

Com efeito, fora do domínio do Estado, o ser humano viveria em autêntica guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), prevalecendo, nesta situação, a insegurança. Nota-se, desde logo, que a filosofia de Hobbes, neste particular, relaciona-se à origem, natureza e finalidade do Estado, cuja explicação, a toda evidência, remete-nos ao contratualismo.

Em ‘O Leviatã’ (1651), Hobbes (1979, p. 78) afirma que

‘O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, de maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e, conseqüentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim’, qual seja, a sobrevivência.

Nesse contexto, os mais fortes tenderiam a subjugar os mais fracos, situação que certamente ocasionaria a extinção da espécie humana. Para evitar que isto ocorresse, a figura de um soberano seria imprescindível, a quem seria conferido poderes ilimitados. Hobbes (1979), como se vê, concebia o denominado contrato social como a única alternativa apta a permitir que os indivíduos saíssem do aludido estado natural de guerra (de todos contra todos).

Na visão de Hobbes, através do pacto social haveria a transferência do direito de agir ao soberano, possibilitando, na ótica do pensador inglês, a preservação do homem. Assim, a função do soberano seria exatamente assegurar o cumprimento do pacto social, garantindo paz e segurança aos indivíduos. Para tal missão, Hobbes defende que o soberano (o Estado) não se encontra subordinado a quem quer que seja, pois só assim será capaz de conter os interesses particulares em prol do interesse geral, comparando-o ao Leviatã, monstro citado na Bíblia (JÓ, 41). Conforme assevera Dias (2010, p. 68), “a submissão absoluta é o preço que devem pagar os súditos ao soberano por lhes haver salvado de seu destrutivo estado em que se encontravam”.

O pensamento político de Thomas Hobbes, como se observa nitidamente, buscou fundamentar o poder absoluto do rei. Vale dizer, o resultado institucional do referido pacto social seria o Estado Absolutista.

Interessante notar, seguindo a mesma trilha de Nader (2017, p. 151-152), que a obrigatoriedade da lei, segundo a concepção de Thomas Hobbes, reside justamente na força inerente ao Estado (Teoria da Autoridade).

Diniz (2000, p. 40), resumindo o contratualismo de Thomas Hobbes (e sua pertinente relação com o Jusnaturalismo), aduz que, no denominado estado natural, “o homem tinha o direito de tudo fazer e ter, não havendo distinção entre o bem e o mal, o justo e o injusto”, liberdade e pretensão de igualdade que “provocaram um estado de guerra, oriundo da cobiça, do instinto de segurança e do desejo de glória inerentes à natureza humana”, o que teria conduzido o ser humano à celebração de um contrato social, “entregando a um governo absoluto o poder de estabelecer a ordem jurídica, garantindo todos os acordos ou pactos necessários à vida pacífico-social e interindividual”, sendo as leis naturais, na visão hobbesiana, “as normas morais que incutem no ser humano o desejo de assegurar sua autoconservação e defesa por uma ordem político-social garantida por um poder coercitivo absoluto”.

3.3 O JUSNATURALISMO EM BARUCH DE SPINOZA

A literatura diverge a respeito da inclusão do nome do holandês Baruch de Spinoza (1632-1677) entre os jusnaturalistas. Guimaraens e Rocha (2014, p. 194), por exemplo, asseveram que, segundo a perspectiva de Spinoza, “o Direito Natural não é mais uma faculdade abstrata subjetiva ou uma ordem objetiva transcendente, mas uma potência atual e imanente resultante da composição de potências singulares que formam uma nova singularidade, a multidão”, a qual, por seu turno, “exprime uma potência da qual participam as singularidades constituintes e é condição necessária para perseverança das mesmas”; desta feita, de acordo com a postura teórica de Spinoza, a “organização política envolve uma ação coletiva das potências singulares que se compõem a fim de instituir as condições necessárias à afirmação e à existência dos próprios direitos dos indivíduos constituintes da potência coletiva”, razão pela qual, asseveram os referidos autores, “os homens só possuem direitos na medida em que fundam direitos comuns, efeitos imediatos da potência da multidão”:

O direito natural do homem, enquanto é determinado pela potência de cada um e é de cada um, é nulo e consiste mais numa opinião que numa realidade, porquanto não há nenhuma garantia de o manter. E o certo é que cada um pode tanto menos e, conseqüentemente, tem tanto menos direito quanto mais razão tem para temer. A isto acresce que os homens, sem o auxílio mútuo, dificilmente podem sustentar a vida e cultivar a mente. E, assim, concluímos que o direito de natureza, que é próprio do gênero humano, dificilmente pode conceber-se a não ser onde os homens têm direitos comuns e podem, juntos, reivindicar para si terras que possam habitar e cultivar, fortificar-se, repelir toda a força e viver segundo o parecer comum de todos eles. (SPINOZA apud GUIMARAENS; ROCHA, 2014, p. 195-196).

Da mesma forma, Guimaraens e Rocha (2014, p. 195-196), a partir da transcrição supra, aludem que o Estado, na ótica de Spinoza, é “resultado da instituição da potência coletiva da multidão, marcada por um processo de cooperação (auxílio mútuo) sem o qual não há qualquer direito comum a ser exercido”, sendo que, sem uma “potência comum às suas singularidades constituintes, os direitos dos indivíduos se esvaem

por não encontrarem condições políticas e sociais necessárias para sua afirmação”, tendo em vista que a “potência dos indivíduos é ínfima frente à potência da natureza inteira, o que os força a entrar em relação de conveniência e de auxílio recíproco para ampliar aquilo que cada um pode realizar e, assim, se inscrever adequadamente na potência da natureza inteira”, raciocínio do qual se extraem duas conclusões:

1) não há direitos individuais sem direitos comuns; 2) a instituição dos direitos comuns – expressão imediata da potência (direito natural) da multidão – demanda a constituição de um aparato institucional – o Estado – para conservação da potência da multidão. Eis a razão de ser da experiência política. A partir do que se expôs, é possível tornar nítido o que Spinoza entende por ‘conservar o direito natural’. Se a potência da multidão determina o direito do Estado, é o direito natural da multidão a medida do direito civil. Spinoza conserva o direito natural porque a potência da multidão, seu direito natural, é causa do direito do Estado ou, como dizem os juristas, do direito positivo. Inclusive, é sempre bom lembrar que, tendo em vista o sentido da causalidade na obra de SPINOZA, trata-se de causa eficiente imanente, uma causa que não se afasta jamais de seus efeitos. Desse modo, a potência da multidão não entra em nenhuma hipótese em estado de latência após a instituição do Estado, mas permanece atual durante a perseverança na existência da multidão e de seu efeito político mais visível, o Estado. O direito de resistência, por sua vez, deve ser analisado a partir da noção de direito natural exposta por Spinoza, já devidamente esclarecida. É preciso, portanto, seguir em direção à análise do direito de resistência. (GUIMARAENS; ROCHA, 2014, p. 196-197).

Parte da doutrina, contrastando as concepções de Hobbes e de Spinoza, aponta uma distinção fundamental entre os dois grandes pensadores. Norberto Bobbio (2004, p. 131), por exemplo, registra que “a história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto o acento no dever da obediência, ou no direito à resistência (ou à revolução)”. Assim, enquanto os escritos de Hobbes (1979) realçam a importância do dever de obediência para efeito de manutenção do poder soberano, relevando, portanto, a ótica do governante (Teoria Política de Justificação da Obediência Política e da Unidade do Estado), Spinoza (1988), de sua parte, considera o direito de resistência inerente ao indivíduo, destacando, pois, a visão do governado (Teoria da Defesa da Liberdade).

3.4 O JUSNATURALISMO EM JOHN LOCKE

O inglês John Locke (1632-1704), juntamente com Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, foi um dos principais representantes do Contratualismo e do Jusnaturalismo de sua época. O pensamento de Locke, da mesma forma, deve ser analisado e compreendido dentro do contexto histórico de sua época, quando a Inglaterra encontrava-se em grande instabilidade devido à Revolução Gloriosa (1688-1689), movimento através do qual se operou o colapso da monarquia absolutista naquele país e sua consequente substituição pela monarquia parlamentar constitucional, além de ter possibilitado a ascensão da burguesia ao poder, aspecto fundamental para a ocorrência da futura Revolução Industrial (séculos XVIII e XIX). Discorrendo sobre tal quadra, Magalhães explica que:

No século XVIII, a burguesia ascendente já estava suficientemente fortalecida e poderia prescindir de governos fortes para solidificar seu domínio sobre a nação. Os monarcas ingleses da Dinastia STUART pretendiam fundamentar a autoridade real no poder divino, ficando o século XVII marcado pelos constantes conflitos entre a autoridade real, supostamente inata porquanto oriunda da vontade divina, e a autoridade do Parlamento baseada no princípio racionalista de representação dos interesses dos proprietários burgueses. (MAGALHÃES, 2001, p. 58).

No mesmo cotejo histórico, Weffort (1989, p. 88) assevera que John Locke, além de ter fundado os alicerces do individualismo liberal, apresentou uma justificação moral, política e ideológica para a Revolução Gloriosa e para a monarquia parlamentar de Guilherme de Orange, tendo, ainda, participado ativamente da luta pela ascensão da burguesia ao poder político na Inglaterra. Para tanto, opôs-se à concepção absolutista do poder monárquico e seu respectivo fundamento divino. Segundo Locke, embora seja “aceitável

que os indivíduos consentam com o governo monárquico”, é irracional que alguém se submeta ao “poder absoluto arbitrário”, posto que tal situação “significa expor sua ‘propriedade’ (na elástica definição lockeana do termo) a uma insegurança maior que a existente no estado de natureza” (EDMUNDSON, 2006, p. 42), aspecto que permite extrair uma das principais diferenças entre o pensamento de Hobbes (que buscava fundamentar o poder soberano) e de Locke (que procurava limitá-lo).

As obras mais conhecidas do pensador inglês são *Dois Tratados sobre o Governo Civil* (1998) e *Ensaio sobre o Entendimento Humano* (1991). No Primeiro Tratado, Locke opõe-se rigorosamente às ideias defendidas por Robert Filmer (1588-1653) no livro *Patriarca*, obra na qual Filmer, em síntese, aponta e admite a existência de uma natural dominação entre os homens. Assim, uma das pretensões de Locke era justamente refutar o argumento (a favor da monarquia absolutista) sustentado por Filmer, “segundo o qual a legitimidade do monarca inglês derivava de um direito investido por Deus em Adão e transmitido por hereditariedade ao então detentor da Coroa” (EDMUNDSON, 2006, p. 39). De sua parte, Locke rejeitava a Teoria do Direito Divino dos Reis (poder absoluto dos reis), procurando, ainda, criar uma doutrina que conjugasse a liberdade dos indivíduos e a manutenção da ordem política. John Locke entendia que a soberania não estaria enfeixada nas mãos do Estado, mas, sim, nas do povo.

As principais concepções apresentadas nos *Dois Tratados sobre o Governo Civil* (1998) são: os homens nascem livres e iguais; o poder do governante funda-se nos poderes pertencentes aos indivíduos, os quais são transferidos àquele; o estado de natureza não é necessariamente um estado belicoso (de todos contra todos); o exercício tirânico do poder transferido ao governante anula a legitimidade da autoridade, razão pela qual Locke (1998) reconhece, no seu Segundo Tratado, a possibilidade de derrubada do governante pelos indivíduos, notadamente a partir do argumento de que tal medida, a bem da verdade, representa a tutela dos direitos naturais, os quais não se subordinam à ordem política, ou seja, não foram conferidos pelo Estado. Ao sinalizar que o fundamento legal da autoridade governamental reside justamente na legitimidade, o notável pensador inglês acaba por fornecer uma justificativa para as ações revolucionárias.

Segundo Locke (1998), os homens, no estado da natureza, viviam em conformidade com a lei natural, sendo detentores, entre outros, do direito de propriedade. Portanto, na visão de Locke, a propriedade, sendo um direito natural do indivíduo, é anterior à própria sociedade civil, motivo pelo qual não pode ser violada nem mesmo pelo poder político. No que se refere à compreensão acerca dos direitos naturais, Locke, novamente, afasta-se de Hobbes. Para este, somente através do soberano é que o direito existe como realidade. Locke, por sua vez, concebe a lei natural como lei, revestindo-se de todos os atributos daquela editada pelo Estado (a lei positiva). Por essa razão, Locke afirma que os direitos de propriedade e de liberdade, por se tratarem de direitos naturais, independem de qualquer ato de positivação a ser editado pelo ente estatal.

Assim, recorda Bittar (2008, p. 7-8) que a ideia de liberdade de mercado constrói os fundamentos para o liberalismo moderno, que remonta a John Locke, especialmente trazidos pela obra de Adam Smith (1723-1790), sendo certo que

A posse de direitos, a estabilização das fronteiras, as garantias de Estado, a proteção do direito de propriedade, bem como outros fatores de acumulação bem-estruturados, permitiram o fortalecimento e o crescimento de uma burguesia ascendente, cada vez mais interessada na solidificação da ideia de Estado.

Na mesma linha de raciocínio, assevera Diniz (2000, p. 39) que Locke reconhece o individualismo do direito natural moderno, posto que, para ele, “a única sociedade política condizente com a natureza humana é o estado liberal-democrático, cujo fim é garantir os direitos naturais ou liberdades individuais, mormente o direito intangível e irrestrito à posse e ao uso dos bens adquiridos pelo trabalho”. No que concerne ao Jusnaturalismo Racional, e refletindo sobre a concepção lockeana, Diniz assinala que John Locke “chega a afirmar que a lei natural é mais inteligível e clara do que o direito jurídico positivo,

que é complicado e ambíguo e justo apenas se fundado na lei natural”, segundo a qual “cada homem tem, sem recorrer ao poder judiciário e executivo, o direito de punir qualquer ofensa a um direito natural a bem da humanidade e o direito de ressarcir-se dos prejuízos que lhe foram causados pessoalmente”. Por fim, para Locke, “só o pacto social pode sanar as deficiências do estado da natureza, instaurando o governo do estado civil ou político, com três poderes: o legislativo, o executivo e o federativo”.

3.5 O JUSNATURALISMO EM SAMUEL VON PUFENDORF

Samuel Von Pufendorf (1632-1694), jusfilósofo alemão, discípulo de Grócio, figura como o “primeiro grande pensador a assumir o desafio de dar uma forma intelectual coerente à ordem internacional que nascia”, dado perfeitamente explicável a partir das circunstâncias históricas nas quais se encontrava a Europa, que esteve mergulhada, entre 1618 e 1648, na Guerra dos Trinta Anos, conflito (inicialmente) religioso (entre protestantes e católicos), que atingiu principalmente as regiões norte e leste da Alemanha, e que se transformou em uma autêntica luta por poder na Europa, passando, então, a envolver diversas potências da época. O *Tratado de Vestfália*, que pôs fim ao conflito, instituiu no continente europeu “um sistema de Estados Nacionais soberanos, no interior dos quais reinava a paz (relativa)” (EDMUNDSON, 2006, p. 35). Neste contexto histórico, Sahd narra que:

O Estado é constituído para superar a situação de guerra em que se degenerou o estado de natureza e oferecer segurança aos homens [...]. É preciso construir a proteção entre eles e para eles: 'Portanto, a causa genuína e principal que levaram alguns pais de famílias perdidos em sua liberdade natural a constituírem os Estados, foi para se protegerem dos males provenientes do homem que ameaçavam o homem' [...]. 1a Como Pufendorf se espelha na violência e brutalidade em que a Europa submergiu durante a *Guerra dos Trinta Anos*, a insegurança provocada por este sangrento conflito determinou no autor a necessidade imperiosa da formação dos Estados para se alcançar a segurança política, social e econômica dos países territorialmente em expansão. Estados que pudessem assim garantir o desenvolvimento dos homens. É nos Estados que 'se encontra um remédio imediato, bem ajustado às características dos homens' [...]. (SAHD, 2009, p. 153).

Exatamente como aconteceu com os seus contemporâneos, Samuel Von Pufendorf “também extrai da filosofia política um arsenal de princípios aplicáveis ao Direito Natural ao empreender uma investigação criteriosa sobre o impacto das noções de indivíduo e legalidade na solução definitiva do problema da justiça e das relações mútuas dos homens” (SAHD, 2009, p. 144). Assim, na ótica de Samuel Pufendorf (2007, p. 89),

As leis naturais são aquelas que estão de acordo com a natureza sociável do homem, que uma sociedade honesta e pacífica não poderia se manter entre a humanidade sem elas, donde que isto pode ser buscado, e seu conhecimento adquirido pela luz daquela razão, que nasce com todos os homens, e por uma consideração da natureza humana em geral.

Conforme assevera Nader (2010, p. 178), Pufendorf (autor da obra *De Iure Naturae et Gentium*, 1672) “distinguiu direitos inatos de direitos adquiridos”, sendo que os “primeiros antecediam o ingresso dos homens na sociedade, enquanto os segundos se manifestaram durante a vida social”.

Samuel Von Pufendorf estabelece a sociabilidade humana como princípio reitor de suas reflexões a respeito do Direito Natural, cujo conteúdo, na visão do referido pensador alemão, organiza-se sobre seis pontos fundamentais, assim resumidos por Sahd:

Primeiro, o direito natural tem a pretensão de consolidar os princípios universais que fundamentam os deveres comuns de todos os homens em todos os tempos e lugares. É o direito que determina as obrigações no Estado concreto, atribuindo à teologia moral o papel restrito de efetivá-las única e exclusivamente nas diferentes ordens confessionais segundo as crenças e credos dos fiéis. Segundo, as leis naturais são demonstradas, conhecidas e compreendidas mediante a razão natural do homem. Este não precisa de outro auxílio além de suas faculdades racionais. Terceiro, o direito

natural é descoberto, metodologicamente, mediante a razão humana, não é necessário apelar para uma instância sobrenatural ou buscar ajuda além das suas próprias forças. Quarto, a finalidade que anima o direito natural é justamente a de conduzir, educar e proporcionar ao homem a condição para se transformar num membro útil à sociedade em que vive, proporcionando os instrumentos das mudanças e realizações dos fins que ele próprio e a sociedade se propõem. Quinto, o direito natural serve para julgar a maior parte das ações externas dos homens, pois o que pertencem ao foro interno, à consciência, não se pode emitir qualquer juízo segundo os seus critérios. Sexto, o direito natural considera a natureza corrompida do homem, uma vez que sem o reconhecimento dessa limitação seria difícil admitir a possibilidade do homem viver em sociedade e em paz com seus semelhantes. (SAHD, 2009, p. 146).

3.6 O JUSNATURALISMO EM JEAN-JACQUES ROUSSEAU

O genebrino Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), outro pensador contratualista, na sua mais famosa obra *Do Contrato Social*, que data de 1762, afirma que os indivíduos, objetivando a criação de uma sociedade, celebram um autêntico contrato social. Segundo o pensador, o aludido contrato seria uma livre associação de seres humanos inteligentes, que deliberam e decidem formar uma sociedade, à qual devem obedecer por força da chamada vontade geral (ROUSSEAU, 1997).

Diferentemente de Thomas Hobbes, Rousseau acreditava que o homem (no estado natureza) seria naturalmente bom, sendo que a vida em sociedade (estado civil) é que tenderia a transformá-lo numa pessoa má. Rousseau, portanto, atribui tal disposição para o mal à vida humana em sociedade. Dizia Rousseau, então, que a vida na sociedade civil é que corromperia o homem, cuja essência, no estado natural, seria boa e pura, isto é, desprovida de qualquer depravação e/ou corrupção. Neste aspecto, nota-se que a concepção política de Rousseau difere da de Thomas Hobbes, uma vez que o denominado “estado de guerra”, categoria idealizada por Hobbes, estaria presente, na visão rousseauiana, não na natureza, mas na sociedade civil.

Rousseau desenha o estado de natureza com tons de absoluta felicidade humana, modelo no qual não haveria desigualdade. Tendo em vista o convívio social, o homem adquiriria novas demandas (necessidades) e, por conseguinte, a vontade de satisfazê-las, dando margem ao surgimento do fenômeno da desigualdade, problema que, segundo Rousseau, inviabilizaria o alcance do valor liberdade, uma vez que esta não existiria sem igualdade; tendo em vista que aquele que se encontrasse em uma condição superior em relação ao outro ostentaria mais poder e, por consequência, limitaria o indivíduo que estivesse na posição de inferioridade, a instituição pública (decorrente da celebração do pacto social) seria a única maneira de se garantir a liberdade humana.

Rousseau, no *Do Contrato Social* (1997), afirmava que seria o povo (e não mais o monarca absoluto) a origem legítima do poder soberano. Em síntese, o ilustre pensador empreende uma análise acerca da origem, formação e manutenção da sociedade humana, tida por ele como fruto de um acordo (ou contrato) entre os indivíduos. Outrossim, na mencionada obra, aduz que o fundamento do Estado dependeria de um elemento fundamental, a chamada vontade geral, que não se confundiria com a vontade de todos (a soma dos interesses particulares). Aquela, a vontade geral, atenderia ao interesse comum, enquanto esta (a vontade de todos) teria como foco os interesses privados, os quais, por serem conflitantes, deveriam ser eliminados, construindo-se, assim, o caminho para o interesse comum.

Com efeito, o Estado, na ótica de Rousseau, seria o objeto de um contrato, sendo criado para proteger e preservar os direitos naturais dos indivíduos, devendo eliminar as vontades particulares e expressar a vontade geral, esta destinada a assegurar liberdade, igualdade e justiça.

A respeito de tal pacto social, afirma Rousseau (1997, p. 85) que

Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou.

Não é de se estranhar que os princípios de liberdade e igualdade defendidos por Rousseau tenham inspirado a Revolução Francesa (1789) e, anteriormente a esta, o mais importante movimento liberal democrático do mundo: a Revolução Americana (1775-1783), que foi a responsável, em última análise, pela irradiação dos mencionados princípios para todo o continente europeu. Nitidamente, encontramos no pensamento político de Rousseau a noção daquilo que hoje conhecemos como Estado Democrático de Direito, no qual a vontade geral é expressa por meio da lei.

Para Jean-Jacques Rousseau, consoante leciona Diniz (2000, p. 41), “o homem é insocial por natureza, a tal ponto que, sendo bom no estado natural, é a sociedade que o corrompe”; tal percepção rousseauiana “pretende fundar o direito natural na hipótese de um estado natural da humanidade, concebido como estado primitivo e pré-reflexivo, anterior a qualquer sociedade ou cultura”, no qual o homem “possui um instinto de conservação própria e o da comisseração ou repugnância natural a ver sofrer qualquer criatura”, instintos dos quais decorreriam as normas do direito natural:

a) nunca se deve fazer mal a outrem, salvo no caso de ser legítima a preferência da própria conservação; b) a autoconservação abrange, além do ser e bem-estar biológicos, a manutenção da qualidade específica do homem, consistindo no dom moral e natural da liberdade e igualdade entre os homens.

3.7 O JUSNATURALISMO EM IMMANUEL KANT

De acordo com o Jusnaturalismo de Immanuel Kant (1724-1804), no dizer de Diniz (2000, p. 42), o homem, por ser racional e livre, “é capaz de impor a si mesmo normas de conduta (normas éticas) válidas para todos os seres racionais, que, por sua racionalidade, são fins em si e não meios a serviço de outros”; desta feita, “a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio”, norma que, aplicada à “conveniência jurídico-social”, transmuda-se em norma de Direito Natural:

Kant, portanto, pode ser considerado como jusnaturalista, enquanto admite leis jurídicas anteriores ao direito positivo. Trata-se de leis naturais, que obrigam a priori, antes de qualquer imposição de autoridade humana. Tais leis não são naturais no sentido de referentes à natureza, dependente da causalidade e conhecidas pela experiência. Não é ele jusnaturalista no sentido de que o direito se baseia na natureza, mas porque se funda na metafísica dos costumes, na razão prática.

Aciência do direito, no jusnaturalismo moderno, que, apesar de não estar preso a nenhuma fonte positiva do direito, lhe deu a qualidade de sistema, que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional, passa a ser um construído sistemático da razão e um instrumento de crítica da realidade. (DINIZ, 2000, p. 43).

Desse modo, segundo Kant, “nossos direitos e deveres são estabelecidos por leis que criamos para nós mesmos enquanto seres racionais, e não por leis físicas e psicológicas aplicáveis a nós enquanto criaturas determinadas por forças físicas, apetites, disposições de ânimo e percepções sensoriais”; significa dizer que é exatamente o “nosso conhecimento da lei moral que, de fato, já demonstra que a liberdade é real para nós”. Para Kant, tais leis “são conhecidas não por seu conteúdo, mas por sua força, que é a de um imperativo categórico: ‘age de tal maneira que a máxima de tua vontade possa ser, ao mesmo tempo, uma lei universal”’ (EDMUNDSON, 2006, p. 46-47).

Recorda Nader (2017, p. 84) que a “visão moderna da estrutura lógica das normas jurídicas tem o seu antecedente na distinção kantiana sobre os imperativos”, a saber: **a)** imperativo categórico (“pertinente aos preceitos morais, e que obriga de maneira incondicional, pois a conduta é sempre necessária; exemplo: deves honrar a teus pais”; **b)** imperativo hipotético (“concernente às normas jurídicas, técnicas, políticas, e que se impõe-se de acordo com as condições especificadas na própria norma, como meio para alcançar alguma outra coisa que se pretende. Exemplo: se um pai deseja emancipar o filho, deve assinar uma escritura pública”).

Ugarte (2012, p. 284-285) assevera que “o pensamento jurídico de Kant parte do *facto* de que existem princípios jurídicos suprapositivos que, por cima de toda a ordem jurídica vigente, constituem uma regra universalmente válida e absolutamente obrigatória”, sendo o estudo de tais princípios correspondentes ao Direito Natural, concebido como um “direito fundado única e exclusivamente na razão”, o que significa dizer que “os princípios puros do direito não se baseiam em nenhum tipo de preconceito jurídico nem em nenhum livro jurídico estatutário de uma determinada época ou cultura”.

No mesmo sentido, Nour, analisando a dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo levada a efeito por Kant, assevera que:

Quanto à sua existência, o direito natural estabelece princípios *a priori* que independem da legislação positiva, na qual podem ou não ser consagrados, enquanto o direito positivo é o que ‘existe efetivamente’, isto é, as leis de um certo lugar em uma certa época; quanto à sua fonte, o direito natural procede da razão, enquanto o direito positivo advém da vontade do legislador (KANT, 1797, p. 237); quanto à justiça, o direito natural busca responder à questão ‘o que é de direito’, ou seja, o que é justo e o que é injusto (*iustum et iniustum*), enquanto o direito positivo responde à mesma questão afirmando o prescrito pela lei; por fim, quanto à fundamentação, é no direito natural que devem ser buscados os princípios de todo direito positivo (op. cit., p. 229-230). O direito natural, sendo o fundamento do direito positivo, tem, portanto, prioridade – é o ‘cérebro’ de qualquer doutrina empírica do direito. (NOUR, 2004, p. 93).

4 CONCLUSÃO

No denominado Jusnaturalismo Racional, assim como nos demais (Jusnaturalismo Cosmológico e Medieval), nota-se que o Direito Natural, “antes de aceitar que o Direito é fruto do arbítrio do legislador”, remete a “origem de todo direito a esquemas prévios” à própria vontade do Estado, cabendo a este, sob tal prisma, um “papel secundário”, na exata medida em que “a função do legislador é servir de instrumento para a manifestação ou das leis do mundo natural, ou da natureza individual humana, ou da natureza sociopolítica humana”, agindo, pois, “muito mais como observador do que criador” (BITTAR, 2001, p. 186).

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. Direito Natural: Sentido Natural versus Sentido Cultural. **Revista de informação legislativa**, ano 38, nº 152, out./dez. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/731>>. Acesso: 13 fev. 2019.

_____. O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos: Reflexão Sobre o Cenário Filosófico da Formação dos Direitos Humanos. **Panóptica**, edição 13, 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/mxc/Downloads/134-492-1-PB.pdf>>. Acesso: 13 fev. 2019.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUGALLO, Alejandro Alvarez. Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo. **Lex Humana**, nº 2, 2009. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/18/17>>. Acesso: 13 fev. 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira. **O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.

- DIAS, Reinaldo. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- EDMUNDSON, William A. **Uma Introdução aos Direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. (Trad. Ciro Mioranza). Florianópolis: Editora Unijuí-Fundazione Cassamarca, 2004, 2 VS.
- GUIMARAENS, Francisco de; ROCHA, Maurício. Spinoza e o Direito de Resistência. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. n. 69, Florianópolis, dez. 2014.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Coleção Os Pensadores, Cap. 14).
- KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Segundo tratado sobre o governo. (Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro). 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os pensadores, 9).
- MAGALHÃES, José Antônio F. **Ciência Política**. Brasília: Vestcon, 2001.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2010.
- NOUR, Soraya. O Legado de Kant à Filosofia do Direito. **Prisma Jurídico**, n. 3, set. 2004.
- PUFENDORF, Samuel. **Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural**. (Trad. de Eduardo Francisco Alves). Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- ROUSSEAU. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SAHD, Luiz Felipe. O Contrato Social em Samuel Pufendorf. **Revista de Filosofia, Aurora**, Curitiba, v. 21, nº 28, jan./jun. 2009.
- SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SPINOZA. **Tratado Teológico-Político**. (Trad. de Diogo Pires Aurélio). Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1988.
- SOARES, Ricardo M. F. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- UGARTE, Óscar Cubo. Direito Natural e Direito Positivo em KANT e FICHTE. **Revista Filosófica de Coimbra**, n. 41, 2012.
- WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 1989.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

A EXPANSIVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO MOTE DO ATIVISMO JUDICIAL

THE EXTENSIVE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICAL AS A MOTTO OF JUDICIAL ACTIVISM

Arthur Bezerra de Souza Junior¹

Ronaldo de Oliveira Jarnyk²

Resumo: Na intenção de promover direitos expressos na carta constitucional, o Poder Judiciário, mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, ante a omissão dos outros poderes, atua de forma altiva no sentido de responder à sociedade os anseios por todas as garantias entregues pela Lei Maior. Empossado na função de Guardião da Constituição, o STF busca a concretização dos preceitos constitucionais, extrapolando, por vezes, sua função típica. O presente trabalho tem por finalidade analisar o Ativismo Judicial diante do posicionamento da Suprema Corte, embasada em uma forma de interpretação, que é a hermenêutica expansiva.

Palavras-chave: Hermenêutica Expansiva. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal federal.

Abstract: *In the intention to promote rights expressed in the constitutional charter, the Judiciary, more precisely the Federal Supreme Court, before the omission of the other powers, acts in a haughty way in order to respond to society the yearnings for all the guarantees given by the Greater Law. Embodying the function of Guardian of the Constitution, the STF seeks to concretize constitutional precepts, sometimes extrapolating its typical function. The purpose of the present work is to analyze Judicial Activism in the face of the position of the Supreme Court, based on a form of interpretation, which is the expansive hermeneutics.*

Keywords: *Expansive Hermeneutics. Judicial Activism. Federal Court of Justice.*

1 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Constitucional pela Uninove. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Professor da Pós Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil na UNIP e UNINOVE. Advogado em São Paulo. Membro da Comissão Especial de Liberdade de Imprensa da OAB/SP. CV: <http://lattes.cnpq.br/0701050360753353>.

2 Especialista em Administração de Empresas pela PUC-SP. Bacharel em Direito e Propaganda e Marketing pela UNIP. Professor em Cursos de Pós-Graduação e MBA de Gestão, Brand e Varejo de consumo da FIA (Fundação Instituto de Administração). Advogado em São Paulo. CV: <http://lattes.cnpq.br/4072621788169908>.

1 INTRODUÇÃO

Embora presente há algum tempo no conteúdo e fundamentação dos julgados do Supremo Tribunal Federal, o ativismo judicial ganhou maior destaque em virtude de julgamentos de situações mais recentes, em especial, aquelas envolvendo questões polêmicas para a opinião pública.

O posicionamento ativista da Suprema Corte brasileira buscou em grande parte das situações a garantia de cumprimento e o acesso dos cidadãos aos Direitos Fundamentais ao deparar-se com lacunas ou obscuridades do texto normativo Constitucional.

Amparando-se em fundamentos hermenêuticos, da filosofia do Direito e também principiológicos, o ministro em decisão monocrática ou no colegiado, vale-se do ativismo judicial para garantir o direito do requerente, estendendo ou limitando a interpretação do texto legal, objetivando o preenchimento de uma omissão legislativa com o fulcro de sanar uma ambiguidade, obscuridade ou omissão existente no arcabouço jurídico nacional. No entanto, o ativismo judicial, quando mal aplicado, pode fomentar uma ação do Poder Judiciário fora de seu espectro de responsabilidades, mais notadamente no que tange à separação dos poderes.

2 A NORMA JURÍDICA

Inicialmente, para melhor elucidar o tema aqui proposto, será feita uma breve exposição acerca de alguns preceitos de aplicação da norma jurídica, objetivando sua correlação com a hermenêutica constitucional e os resultados por esta produzida em âmbito de decisões da Suprema Corte brasileira.

O texto normativo é resultado da necessidade de estabelecer controle e equilíbrio sobre as relações sociais, endossando o Contrato Social estabelecido no texto Constitucional. A maneira de materializar e pormenorizar isso é através de normas complementares e/ou infraconstitucionais, como destaca Nunes (2002, p. 179):

A norma jurídica é um comando, um imperativo dirigido às ações dos indivíduos – e das pessoas jurídicas e demais entes. É uma regra de conduta social; sua finalidade é regular as atividades dos sujeitos em suas relações sociais. A norma jurídica imputa certa ação ou comportamento a alguém, que é seu destinatário.

Partindo deste entendimento, pode-se compreender que a norma estabelece balizas de conduta nas relações cotidianas entre pessoas naturais e jurídicas. Ela também está diretamente relacionada com a ética e a moral, direcionando-as na sua parametrização, individual ou coletivamente, influenciando-a no sentido de amparar questionamentos e fundamentos que embasem textos normativos futuros.

Basicamente, as normas abarcam três espectros de aplicação: proibição, obrigatoriedade e permissão (NUNES, 2002). Assim, possuem papel fundamental no direcionamento dos comportamentos e relações dos agentes sociais, quer sejam permitindo o que pode ser feito, quer relacionando sua ação a uma obrigação com outras pessoas ou entidades, quer limitando a ação do agente. As normas são imperativas para as condutas dos agentes, conferindo-lhes direitos e impondo-lhes obrigações, cuja legitimidade é decorrente da autoridade competente que propôs, redigiu, votou e sancionou tal norma (DINIZ, 2017).

Cabe lembrar que Hans Kelsen, em sua teoria positivista do Direito, entendia que a norma deveria ser afastada de qualquer subjetividade, desempenhando uma função dogmática regulatória, indicando ao operador do direito a sanção a ser aplicada ao agente descumpridor. Assim relata Ferraz Jr. (2013, p. 73):

Essa posição de Kelsen, radical em sua formulação, sofre muitas objeções. A principal decorre de questão metodológica: como isolar a norma jurídica das intenções subjetivas que a acompanham? [...] A norma, em sua frieza formal, apenas prescreve: deve ser punida com uma sanção a conduta de matar. Em que medida os fatores subjetivos devem ser também levados em conta? Kelsen nos diz que eles devem ser abstraídos pelo jurista e tão somente levados em conta se e quando a própria norma o faz.

Da transcrição acima pode-se verificar a inflexibilidade dada por Kelsen para a aplicação da norma jurídica, desvinculando-a das subjetividades, pessoais e coletivas, quando submetida ao caso concreto.

2.1 A NORMA JURÍDICA COMO PRODUTO DA VALORAÇÃO SOCIAL

Ainda no diapasão da desvinculação das subjetividades proposto pela teoria de Kelsen, há que se fazer um breve confronto frente à Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, isso porque, valendo-se do sociologismo jurídico e do moralismo jurídico como aspectos influentes de sua teoria, o autor coloca a subjetividade coletiva como um fator de influência da norma positiva.

Como é sabido, o pensamento de Reale é no sentido de que a estrutura do direito é composta por três dimensões. A norma é fruto de valoração social, diante de um fato específico pretérito, gerando assim uma relação direta e dialética. O fato valorado é resultado da conduta de um agente; o valor é a finalidade dada pela sociedade a um fato específico após o seu confronto junto a um código moral; a norma é o resultado positivado da percepção coletiva do fato, através de autoridade competente, que pode ser o legislador ou o magistrado.

A norma deve ser concebida como um *modelo jurídico*, de estrutura tridimensional compreensiva ou concreta, em que fatos e valores se integram segundo normas postas em virtude de um ato concomitante de escolha e de prescrição (ato decisório) emanado do legislador ou do juiz, ou resultante das opções costumeiras ou de estipulações fundada na autonomia da vontade dos particulares. (DINIZ, 2017, p. 158).

As três perspectivas atuam de forma integrada, promovendo uma unidade processual e de funcionalidade, em “correspondência com os problemas complementares da validade social, da validade ética e da validade técnico-jurídica” (DINIZ, 2017, p. 158). Assim, pode-se aludir que, pelo pensamento de Reale, a subjetividade da norma se faz presente em todo o processo de validade social, ética e técnico-jurídica, pois há elementos principiológicos de convívio, individual ou coletivo, que transcendem a simples leitura ou aplicação da lei.

A teoria da Tridimensionalidade do Direito também encontra respaldo na Sociologia Jurídica genética ou macrosociologia genética do direito, cujo objetivo é estudar as variações do meio social e suas influências sobre o direito, bem como a sua atuação nas relações sociais.

Assim, conclui-se que o direito nasce no bojo da sociedade, que o estabelece por imposição, vislumbrando garantir o equilíbrio das relações e a proteção dos valores e princípios que a mantem coesa e harmônica.

A garantia da manutenção do direito é o reconhecimento pela sociedade acerca de sua submissão às normas adotadas e o cumprimento das sanções decorrentes de sua violação, como elemento de mudança social, ao resguardarem direitos, imputarem obrigações ou aplicarem sanções. Por isso, a norma deve estar atrelada ao sentimento do convívio coletivo para que tenha aplicabilidade. Excluir eventuais subjetividades poderá causar uma ruptura entre os valores sociais e a aplicabilidade da norma jurídica, deixando de servir como vetor de controle e mudança social.

2.2 A DIFERENÇA DA NORMA JURÍDICA E AS DEMAIS NORMAS

Conforme aborda Nunes, há uma diferença entre a norma jurídica e as demais normas:

[...] no gênero ético, encontram-se três espécies de normas: as de direito, as da moral e as dos costumes [...]. O Direito exerce sua *pressão social* a partir do centro ativo do Poder. Na moral e nos costumes sociais a *pressão social* é exercida pelo grupo social não organizado. (NUNES, 2002, p. 183).

Enquanto as normas jurídicas são aplicadas e geram força modificativa a partir da ação do poder estatal, delegando aos magistrados a aplicação da lei, por sua vez, as normas morais são resultantes da ação de grupos sociais, mas sem a delegação daquele poder encontrado na norma jurídica.

A norma moral não pode ser confundida com a norma consuetudinária, pois essa está inteiramente relacionada a uma intenção que prevê seu conteúdo, ou seja, o agente só age dentro da norma moral após sua aceitação pessoal e íntima, o que não se aplica à norma consuetudinária.

Há ainda outra diferença importante: a norma jurídica prevê através da imposição do poder do Estado sua aplicação forçada, para manutenção de direitos e cumprimento de deveres, o que não se vê nas normas morais.

2.3 ENFOQUE DOGMÁTICO DA NORMA JURÍDICA

O estudo das ciências jurídicas possui dois enfoques: o dogmático e o zetético. Enquanto um restringe, limita, explicita e enrijece o núcleo proposital da norma (dogmático), tornando-a quase imutável e/ou inquestionável, formatando uma espécie de “núcleo duro”, o outro (zetético) promove um questionamento ilimitado, almejando a arguição e a flexibilização da proposta central da norma.

Como já citado anteriormente, a norma jurídica tem um enfoque dogmático ao determinar, de maneira imperativa, qual a conduta e direitos reservados ao agente que atuar dentro das limitações por esta imposta, conforme destaque de Ferraz Jr.:

O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. [...] Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. [...] a situação nelas captada configura-se como um *dever-ser* (como *dever-ser* algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação. (FERRAZ JR., 2013, p. 18).

O enfoque zetético, por vezes, torna-se a base preliminar de discussão que embasará a propositura de texto normativo, alinhando-o aos valores e anseios sociais, como já abordado na teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. O enfoque zetético é a promoção do questionamento exaustivo, já que o termo significa perquirir, promovendo uma dúvida contundente e incessante.

Por sua vez, “dogmática” vem de *dokein*, que significa ensinar, doutrinar” (FERRAZ JR, 2013, p. 18). Sendo assim, os enfoques sempre trabalharão em contraponto um ao outro, pois não se esgotam, como será detalhado mais à frente.

2.4 A VINCULAÇÃO DAS NORMAS À CONSTITUIÇÃO ATRAVÉS DE SEUS PRINCÍPIOS

O texto constitucional, como aborda Hans Kelsen na obra da Teoria Pura do Direito, é norma fundamental, produzindo efeitos em todas as esferas e instâncias jurídicas, quer através do texto normativo, processual ou de procedimentos. É claro que há situações nas quais a norma basilar influencia diretamente a causa, como também há situações que o cerne da discussão será o fundamento da norma constitucional ou infraconstitucional.

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento, quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento. (KELSEN, 2013, p.121).

O próprio Kelsen, na mesma obra, defende que a validade da norma só se dá porque guarda consonância com a lei fundamental, estando ligada pela unidade normativa. Ou seja, não há que se falar em validade de uma norma que não esteja fundada nos mesmos princípios da lei fundamental, o que na prática se chamará de inconstitucionalidade.

Há uma pluralidade de discussões jurídicas que ultrapassam o quesito da causa, estendendo-se para os fundamentos, a filosofia original do Direito, cujo papel da Corte Constitucional ou da Suprema Corte recursal, ganham relevância e imprescindibilidade. Afinal, como expresso por Hans Kelsen, “na norma fundamental, acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico” (KELSEN, 2013, p.125). Ou seja, é na norma fundamental que toda decisão jurídica se inicia, através do processo legislativo de uma nova lei e, nela também termina, quando não exaurida sua aplicabilidade jurídica, sua produção de direitos ou o epílogo de uma contenda.

2.5 A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

O surgimento do texto normativo advém de uma série de estudos generalistas, implicando seu afastamento da realidade, levando a uma dicotomia entre fatos e normas (DINIZ, 2017, p.442). Em virtude da norma e do fato apresentarem um hiato insanável, é possível concluir que toda norma abarca um fato generalístico.

Cabe à perseverança do magistrado excluir as generalidades e abstrações do texto normativo para que a subsunção seja perfeita – evitando-se dois pontos de elevada dificuldade: a-) a falta de informação sobre fatos do caso – indeterminação semântica da norma ao caso, gerando ambiguidade, ou vaguidade dos conceitos gerais da norma; b-) indeterminação semântica dos conceitos normativos – não pode ser eliminada, mas, mitigada por terminologias técnicas.

O magistrado, como dissemos, ao aplicar normas jurídicas, criando uma norma individual, deverá interpretá-las, integrá-las e corrigi-las, mantendo-se dentro dos limites marcados pelo direito. As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa [...]. (DINIZ, 2017, p. 446).

A perfeita aplicação da norma consiste no elemento da subsunção, ou seja, o enquadramento do caso concreto aos elementos da norma em abstrato. Trata-se da tipicidade no Direito Penal ou do fato gerador no Direito Tributário, por exemplo.

A subsunção está condicionada a uma escolha prévia axiológica, como já abordado na teoria Tridimensional do Direito. Também a escolha prévia axiológica estará condicionada entre diversas interpretações possíveis, cabendo a escolha aos operadores do Direito e, no final, ao livre convencimento do magistrado. Este também exercerá um julgamento prévio de valor, conjuminando valores normativos, principiológicos, sociais e morais.

3 HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A interpretação é a ação de conferir o melhor significado para a norma jurídica, de forma a garantir o melhor alcance e aplicabilidade da subsunção, eliminando-se ambiguidades, lacunas e imperfeições.

A interpretação é a ferramenta essencial para que se busque a subsunção perfeita entre a generalidade da norma às particularidades do caso concreto, como elucida Diniz (2017, p. 449):

[...] o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isso é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado ao vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para real e conducente a uma decisão.

Portanto, a interpretação é recurso chave para sanar eventuais lacunas de conhecimento e reconhecimento, de forma que as sentenças devem estar em consonância com a norma e, por consequência, a subsunção seja aplicada ao caso *sub judice* minimizando ambiguidades ou omissões, sem se abster de valores e princípios sociais que, embora não estejam expressos na norma jurídica, amparam as relações de determinado grupo social.

As regras para uma interpretação ordenada com princípios e critérios é estabelecida pela hermenêutica. Trata-se da ciência da interpretação, que funciona como um instrumento, com variações de técnicas interpretativas, passando pela interpretação gramatical, teleológica, histórica ou sistemática, as quais podem produzir efeitos extensivos ou restritivos.

Embora a hermenêutica estabeleça regras e critérios interpretativos, ela não dispensa o fator pessoal e subjetivo, nem se resume a um ato automático. No intuito de buscar a subsunção perfeita, cabe ao jurista provocar o questionamento, inquirir o dogma, valendo-se da zetética para encontrar o sentido exato e a amplitude correta da norma ao caso concreto.

3.1 INTERPRETAÇÃO E O CONFRONTO DOGMÁTICO E ZETÉTICO

Resta claro que no campo de aplicação da legislação ao caso concreto, o enfoque zetético será desempenhado pelo operador do direito, ao arguir em juízo, sua pretensão, dado que a lei, por si só, prescinde um enfoque dogmático por sua redação. No entanto, este não se esgota, pois, em última análise a interpretação final do conteúdo textual será efetuado pelo magistrado, conforme aborda Ferraz Jr. (2013, p. 26):

O jurista, assim, ao se obrigar aos dogmas, parte deles, dando-lhes um sentido, o que lhe permite certa manipulação. Ou seja, a dogmática jurídica não se exaure na afirmação do dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é a função da dogmática.

Embora toda a interpretação do jurista se inicie no dogma exposto pela norma, ele não se esgota em si, pois possui generalidades e, por consequência, incertezas que deverão ser sanadas pelo jurista. Deste ponto se inicia também o enfoque zetético, de incentivar o questionamento, a dúvida e por conseguinte, um novo sentido significativo produzido a partir da inquirição, resultando em uma interpretação restrita, extensiva, limitada, etc. Logo, a dogmática, embora limitadora em certos momentos, é produtora de incertezas e extensividades dada as lacunas e omissões legislativas.

3.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora o texto da Constituição seja também um texto normativo, sua interpretação prescinde uma atuação diferenciada pelo magistrado, isso porque os impactos dela decorrentes podem influenciar o ordenamento jurídico como um todo, a exemplo da citação do Mendes (2014, p. 81):

A interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica.

Por isso, a interpretação constitucional pode seguir as linhas gerais hermenêuticas já elucidadas neste trabalho, mas deve também abarcar dois elementos de grande influência: os postulados e os princípios. Estes, presentes nos primórdios da elaboração do texto constitucional, acabam por refletir em debates morais e políticos, quando em sede de decisões do órgão guardião da Constituição. Isso ocorre porque, “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de confrontar a vida social” (MENDES, 2014, p. 81), sendo este convívio coletivo o produtor dos princípios e postulados usados para erigir o Estado de Direito, fruto do texto Constitucional.

4 O ATIVISMO JUDICIAL E A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Como já abordado anteriormente, as normas possuem generalidades, omissões, lacunas, por vezes ambiguidades, o que também se aplica ao texto constitucional, já que este também é resultado de um anseio popular na estruturação de um Estado e acaba por ser reduzido a termo.

Portanto, a interpretação da norma constitucional também é submetida às mesmas regras hermenêuticas e subjetividades do magistrado, da turma ou do plenário da Suprema Corte. É neste cenário de atuação do magistrado, na busca pela subsunção perfeita, em especial com enfoque ao texto constitucional, que surge o ativismo judicial, conforme citado pelo Ministro Barroso (2016, p. 390):

O ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Mas também é imperativo se valer de certas cautelas nesta prática, em especial em dois aspectos. Em primeiro caso, quando o Ministro cita a proatividade interpretativa do texto Constitucional, entende-se válida e necessária, desde que alicerçada nos postulados e princípios constitucionais, sem com isso, exceder em sua atuação, de modo que o Poder Judiciário exerça função legiferante frente aos termos expressos, gramatical e semanticamente.

Esta atuação exacerbada do magistrado acaba por sobrepor a prerrogativa do Poder Legislativo em produzir, alterar, redigir, excluir, revogar normas do ordenamento jurídico, inclusive em partes da própria Constituição.

O segundo caso, se dá na busca louvável pelo atendimento a direitos fundamentais dos cidadãos, mas que acabam por se tornarem frutos de deformidades interpretativas e excessos de extensividades do amparo do texto legal, algo que deve ser ponto de extrema atenção do operador do direito, a inafastabilidade do sentido literal, conforme ressalta Diniz (2017, p. 463):

Há hipóteses em que o jurista, o aplicador, deve lançar mão da *interpretação extensiva* para completar uma norma, ao admitir certos fatos-tipos, implicitamente. Com isso, ultrapassa o núcleo do sentido normativo, avançando até o sentido literal possível da norma. A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de um preceito normativo, para nele compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente incluídos, conferindo, assim, à norma o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal.

O resultado de interpretações demasiadamente extensivas são: a quebra da estrutura da norma (*voluntas legis ou voluntas legislatoris*³), distorções ou rupturas de postulados e princípios jurídicos que embasaram sua redação, gerando insegurança jurídica aos direitos peticionados, refletido pela justificativa da mutação dos valores sociais ao longo do tempo, sem com isso, alterar o texto normativo para acompanhar tais mudanças.

4.1 A OMISSÃO LEGISLATIVA E O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial, em situações específicas, acaba por ser a saída racional e garantista frente a omissão do legislador, tanto na elaboração textual da norma, como na morosidade da propositura de lei para o saneamento de eventuais lacunas legislativas. Conforme elucida Souza Júnior (2015, p. 77):

[...]o Supremo Tribunal Federal tem o dever constitucional de zelá-los e, porque não, efetivá-los. Uma Constituição inoperante e ineficaz não pode ser considerada Constituição zelada. E para não incorrer neste risco, o STF ocupa os espaços deixados pelos demais poderes e cuida da Carta no momento que a torna efetiva. Isso pode ser considerado ativismo judicial.

A omissão legislativa compromete a efetivação de direitos fundamentais e o cumprimento de normas constitucionais programáticas, dando ao Estado um semblante apático, inerte e produtor de injustiças.

A omissão também enseja responsabilidade do agente público que, diante do princípio de agir para atender o bem coletivo, esguia-se de suas atribuições fomentando um vácuo jurídico, de onde emanam as lacunas legislativas. Com o mote de garantir direitos fundamentais e de proteger a Carta Magna, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, produz entendimentos, muitos com efeito vinculante, de caráter extensivo, justificando uma tentativa de efetivação dos direitos positivados na Constituição, alvos da inércia omissiva parlamentar.

4.2 CASO DE ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

Elegeu-se, para a discussão aqui proposta, um julgado que abordasse, em suma, da interpretação extensiva. Trata-se de um caso de grande repercussão, resultante do ativismo judicial dentro do Supremo Tribunal Federal, gerando rupturas e aparentes choques com princípios do texto constitucional brasileiro.

Insta salientar que existem outros casos nos quais o ativismo judicial se encontra presente, contudo, por questões didáticas, preferiu-se reservar apenas a análise do julgado *infra* apresentado.

³Os termos latinos referem-se ao pensamento dogmático da norma ser uma *voluntas legislatoris* – vontade do legislador ao redigir o texto legal ou exprimir uma *voluntas legis* – vontade da lei, resultado da valoração social e do anseio coletivo em regular suas relações.

4.2.1 AC 4.070 – DF – AFASTAMENTO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM SEDE DE DECISÃO MONOCRÁTICA

A ação em comento foi julgada monocraticamente pelo Ministro relator Teori Zavascki, conforme ementa publicada abaixo:

Ante o exposto, defiro a medida requerida, determinando a suspensão, pelo requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, do exercício do mandato de deputado federal e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

Notifique-se o Primeiro-Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, ou, na sua ausência, o Segundo-Vice-Presidente (art. 18 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), do inteiro teor da presente decisão, a fim de que a cumpra e faça cumprir, nos termos regimentais próprios.

Publique-se. Intimem-se, o requerido pessoalmente.

Brasília, 4 de maio de 2016

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

A decisão do Ministro relator na ocasião, proveu a sobreposição dos princípios constitucionais da moralidade, legalidade e decoro frente ao disposto no Art. 53, §§ 3º e 4º - prerrogativas e imunidades parlamentares. Em certo ponto, a decisão foi assertiva por prevalecer os postulados e os princípios constitucionais ao mero texto normativo. O magistrado procurou coadunar os tipos de condutas do parlamentar com Art. 55, § 1º, cabendo a suspensão do mandato, embora não houvesse sentença condenatória transitado e julgado.

Prerrogativas de manutenção do exercício do mandato pelo parlamentar, não estão isoladas do controle jurisdicional, principalmente quando houver omissão das Casas Legislativas, no entanto, tal ativismo promovido no afã de garantir o cumprimento dos princípios constitucionais, maculou a “pedra de toque” de separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, consolidada na composição do Estado Democrático de Direito e expresso no Art. 1º, caput da Constituição Federal.

Neste caso, caberia ao Supremo Tribunal Federal a comunicação do fato à Câmara dos Deputados e, somente ela, proceder a retirada de seu presidente diante de prazo estabelecido pela própria Constituição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a temática proposta, amparado pela doutrina dos diversos autores citados, dos artigos publicados, da legislação vigente e das jurisprudências produzidas e aos casos aplicados, pode-se concluir que o ativismo judicial está presente em muitas das decisões manifestas pela Supre Corte brasileira.

Estudando dois casos específicos expostos em tópicos anteriores, constata-se que o ativismo judicial esteve presente, ora de forma mais latente, outra de forma mais branda, na tentativa de desarmar as armadilhas legais oriundas da omissão improdutiva do Poder Legislativo. Assim, lançando mão de técnicas interpretativas, os magistrados buscam exercer o papel do legislador para garantir o cumprimento do texto constitucional e de seus respectivos direitos fundamentais.

No entanto, este afã garantidor, mostra-se como um contragolpe inconstitucional por invadir a seara de outro poder, macular o princípio de separação dos poderes e de freios e contrapesos, produzindo um esgarçamento semântico dos termos expressos na lei, resultando em distorções principiológicas e insegurança jurídica.

Portanto, estudar e compreender a importância do ativismo judicial passa pela correta aplicação hermenêutica, no intuito de preservar os postulados constitucionais, atendendo de forma justa as demandas fundamentais, sem comprometer as bases do Estado Democrático de Direito e nem tão pouco produzir a “ditadura do judiciário” citada por Rui Barbosa, cuja afronta, não há a quem recorrer.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Arthur Bezerra de. **Ativismo judicial e o Direito à Saúde: uma análise do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Multifoco, 2015.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DEMOCRACIA, ATIVISMO E JURISDIÇÃO: O “JUIZ ATLAS” E OS EFEITOS DE SUA ATUAÇÃO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS INSERIDOS NA CONSTITUIÇÃO

CONSIDERATIONS ABOUT DEMOCRACY, ACTIVISM AND JURISDICTION: THE “JUDGE ATLAS” AND THE EFFECTS OF ITS ACTION IN THE CONSOLIDATION OF THE RIGHTS INSERTED IN THE CONSTITUTION

Raphael de Souza Almeida Santos¹

Resumo: O presente artigo trata da Democracia e das dificuldades que se tem para conceituar adequadamente o instituto. Ao se afastar de idealizações românticas, foram identificadas algumas das ameaças que circundam os regimes democráticos de países ocidentais desenvolvidos e emergentes. A partir disso, o presente trabalho explorou, de forma crítica, o conceito de ativismo e suas implicações para o Estado Democrático de Direito. Partindo da figura do Juiz Hércules elaborada por Dworkin, foi apresentado um outro personagem metafórico no intuito de demonstrar como a sua atuação contribui para déficit democrático existente atualmente no Brasil.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Democracia. Juiz Atlas.

Abstract: This article deals with Democracy and the difficulties that it has to conceptualize the shiver of the institute. To separate romantic idealizations were sometimes the threats that surround the democratic regimes of developed and emerging countries. From this, the present exploratory work, critically, the concept of activity and its participation to the Democratic State of Law. Starting from the figure of Judge Hercules elaborated by Dworkin, it was presented with a metaphorical purpose not intended to demonstrate the ability to do research on the current democracy in Brazil.

Keywords: Judicial Activism; Democracy; Judge Atlas.

¹ Centro Universitário de Guanambi - UniFG (BA) Brasil. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário de Guanambi (UNIFG-BA). Pesquisador do SerTão – Núcleo Baiano de Estudos em Direito e Literatura (DGP/CNPq). Advogado. Guanambi, BA. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1273423435296861>. E-mail: raphaelibg@hotmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Drummond, ao lançar um olhar obscuro sobre a Democracia, definiu esta como “uma forma de governo em que o povo imagina estar no poder”². Ao que parece, o cotejo engendrado pelo filho da cidade mineira de Itabira embaralha-se com outros formulados no decorrer da história, forçando-nos, portanto, a uma reflexão mais aprofundada sobre o papel desempenhado pelos indivíduos e instituições na contemporaneidade e também sobre como as deliberações são tomadas na sociedade.

Nesse sentido, extrai-se das palavras do mencionado poeta certa tempestividade, sobretudo no cenário brasileiro, aonde se apercebe que os pressupostos democráticos instituídos pela Constituição da República de 1988 têm se mostrado vulneráveis diante de algumas situações, como, por exemplo, a avocação excessiva, por parte de alguns membros do Poder Judiciário, de competências atinentes aos Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente.

A esse respeito, denota-se que esse aspecto intervencionista do Judiciário, trata-se, na verdade, de um dos efeitos das Teorias Pós-Positivistas³ que aterrissaram no Brasil no final da década de oitenta, juntamente com a promulgação da Carta da República que, por sua vez, deu uma nova roupagem às noções envolvendo o conceito de Democracia e, principalmente, a supremacia constitucional do Estado nesse mesmo sentido.

Assim, diante da implementação desse novo paradigma jurídico, somado, ainda, às eventuais omissões executivas e legislativas por parte dos demais Poderes instituídos, observou-se um cenário voltado quase que essencialmente ao discernimento particular dos membros do Poder Judiciário brasileiro, em evidente comprometimento ao jogo democrático estabelecido pela Constituição.

Nesse sentido, objetiva-se com esse trabalho tecer breves considerações a respeito desse fenômeno – denominado, doravante, de ativismo judicial –, a fim de investigar se a atual postura adotada pelo Poder Judiciário trata-se, na verdade, de uma usurpação das funções típicas dos demais Poderes constituídos ou uma medida necessária diante do atual modelo constitucional adotado pelo país.

2 SOBRE A DEMOCRACIA: DA NEBULOSIDADE DO CONCEITO À OUTRAS DEFINIÇÕES MAIS ESPECÍFICAS

Parece que foi ontem. Sim! No último dia 5 de Outubro de 2018, comemorou-se os trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil num clima marcado por reflexões, expectativas e entusiasmo, apesar da existência de uma variedade de crises que assolam o país.

Ao que parece, o atual sentimento de otimismo generalizado em muito se assemelha àquele experimentado pelos brasileiros no ano de 1988, quando o Jornal Folha de São Paulo tomou a dianteira ao noticiar o advento da ordem constitucional que passaria a vigorar no território brasileiro em substituição ao modelo de governo então existente.⁴

2 DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. [S.l.:s.n], [1930-1987].

3 Para uma crítica adequada ao conceito de pós-positivismo, Cf. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.64-65.

4 *Folha de São Paulo*, 5 de outubro de 1988. “A nova Constituição brasileira entra em vigor hoje, no instante em que o presidente do Congresso constituinte, Ulysses da Silveira Guimarães (PMDB-SP), afirmar: ‘Declaro promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil.’ Este ato, que marca o fim do processo de transição para a democracia, deve ocorrer às 15h38. Depois, uma salva de 21 tiros de canhão e o repique dos sinos da catedral e das igrejas de Brasília vão saudar o acontecimento.” Cf. NATALI, João Batista. Nova Constituição Entra Em Vigor: Termina a Transição Para Democracia. Folha de S. Paulo. São Paulo. 5 out. 1986. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_05out1988.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

Segundo a notícia, a promulgação da nova Constituição seria o ato que marcaria o fim do processo de transição do regime militar para a Democracia. Apesar do apelo retórico utilizado na publicação, havia um certo ceticismo quanto à maneira com que isso se daria na prática, afinal, a Democracia não é fruto de geração espontânea, isto é, ela não surge da simples vontade dos governantes consubstanciada numa folha de papel; em verdade, o instituto é fruto de erros e acertos de cada sociedade a partir de um contexto de lutas pelo exercício do poder em momentos específicos da história.

Essa, aliás, é a razão pela qual não se pode dizer que a Democracia é a resposta para todos os problemas constantes na sociedade política – e com razão –, haja vista o caráter plurívoco atribuído ao referido instituto.

Anote-se por oportuno que a alta densidade conceitual envolvendo o termo “Democracia” é tomada, certa das vezes, por definições complexas, variantes, de significações abertas, ou mesmo contraditórias, que acabam por inviabilizar o sentimento transformador tão esperado das Cartas Políticas contemporâneas.

Da leitura do preâmbulo do atual texto constitucional extrai-se que vivemos num Estado Democrático. A pergunta recorrente é: afinal, que quer dizer Democracia?

Ora, não é possível adentrar no discurso democrático sem antes rememorar das palavras de Abraham Lincoln proferidas no discurso de Gettysburg sobre a essência de Democracia: “[...] Governo do povo, pelo povo e para o povo”.⁵

“O povo [...]” Esse certamente é o primeiro termo aberto que integra o conceito de Democracia. A afirmativa soa tão verdadeira que ao analisarmos cuidadosamente a etimologia⁶ da palavra Democracia, verifica-se que esta nasce justamente para referi-lo.

A julgar pela concepção de que o povo é, senão, o pilar de sustentação de um Estado Democrático efetivo, resta-nos, então, promover algumas conceituações propostas sobre o termo Democracia, senão vejamos.

Partindo de uma definição mínima do instituto, vale mencionar as palavras utilizadas por Bobbio quando este definiu Democracia como sendo “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.⁷

Através de uma análise mais acurada da respectiva definição, extrai-se que a legitimidade democrática origina-se a partir da observação, pelos cidadãos, de preceitos socialmente compartilhados, além de outras formalidades do gênero que definem a ampla participação dos interessados.

Descontadas as lições do autor italiano quanto aos requisitos voltados à autodeterminação política dos indivíduos, valemo-nos, então, do eixo reflexivo proposto por Canotilho, quando diz que:

[...] a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade económica, política e social.⁸

5 HOFSTADTER, Richard. *Great Issues in American History*. New York: Vintage Books, 1958, p. 414.

6 O referido vocábulo provém do grego “*démokraia*, de *dêmos* ‘povo’+ *kratía*, ‘força, poder’ (do v.gr. *kratéó* ‘ser forte, poderoso)”. Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O Papel do Processo Na Construção da Democracia: Para Uma Nova Definição da Democracia Participativa. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.1, p.155-168, 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4098/3493>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

7 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18. V.63.

8 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 1998, p. 289.

Coadunando com essa afirmação, Alexis de Tocqueville, ao fazer referência ao modelo democrático estadunidense, rememora que o povo é parte ativa no processo político vigente naquele país. Prova disso é que é ele quem designa as pessoas que irão criar as leis, bem como aquelas que deverão aplicá-las, sem se esquecer de nos chamar a atenção para o fato de que também é o povo quem determina a sanção admissível ao caso, na hipótese de um indivíduo descumprir da legislação.⁹

Daí se extrai que os Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) encontram-se sob o império da população pois, “muito embora a forma do governo seja representativa, é evidente que as opiniões, os preconceitos, os interesses, até as paixões do povo não podem encontrar obstáculos duradouros que os impeçam de produzir-se na direção cotidiana da sociedade”.¹⁰

Ao abordar o aspecto proveniente do modelo estadunidense, o historiador francês se afasta subitamente das interpretações românticas e idealizadas envolvendo o conceito de Democracia, para alertar-nos sobre os riscos provenientes do instituto, como por exemplo, a questão do individualismo surgido a partir da efetivação do ideal moderno de igualdade.

Fernando Magalhães, ao realizar uma análise mais acurada sobre o tema, sintetiza o problema da seguinte maneira:

Embora ele recorra a diversas construções metonímicas para exprimir sua compreensão desse fenômeno que começa a surgir na América igualdade de condições, desenvolvimento gradual e progressivo da igualdade, governo em nome do povo etc. (cf. Tocqueville, 1986, p. 43-44 e 177) , seu significado mais provável é o de uma sociedade uniformizada (cf. Tocqueville, 1986, p. 648), padronizada, de indivíduos alheios uns aos outros em contraposição à estrutura hierarquizada e estratificada de certa forma comunicada da sociedade feudal. Tocqueville sente que os laços que mantêm os indivíduos unidos entre si, no regime aristocrático, tendem a romper-se integralmente deixando os homens entregues às suas próprias paixões. Ele lamenta a quebra dos antigos vínculos não por uma atitude conservadora, mas porque receia que, livres de toda responsabilidade para com seus semelhantes, e ocupados exclusivamente com seus interesses pessoais, os indivíduos se entreguem a um perigoso conformismo, aceitando docilmente todas as regras sociais impostas pelo individualismo. Essa passividade certamente produz um comportamento de indiferença para com a gestão da coisa pública, permitindo, assim, que a representação majoritária exerça um autoritarismo de novo tipo sobre a minoria; autoritarismo este exercido com o consentimento popular, o chamado, despotismo pelo consentimento do povo.¹¹

Tem-se, assim, que embora o termo tenha sido utilizado para anunciar os perigos circundam os regimes democráticos de países ocidentais desenvolvidos, é possível identificar a existência de tais elementos, também, em países emergentes.

9 TOCQUEVILLE, De Alexis. A Democracia na América: Leis e Costumes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2804534/mod_resource/content/0/tocqueville_a-democracia-na-america-vol-1.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

10 Ibidem, p. 197.

11 MAGALHÃES, Fernando. O passado, a ameaça e o futuro Tocqueville e a perspectiva da democracia individualista. Tempo Social, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 141-164, maio 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-2070200000100008>. Acesso em: 03 nov. 2018.

No que tange à realidade brasileira, isso não é diferente, já que possuímos uma Carta Constitucional com uma grande quantidade de instrumentos¹² colocados à disposição do jurisdicionado com vistas a fazer valer os interesses individuais dos cidadãos.

De se ver que em países de modernidade tardia como o Brasil, tal particularidade representa um avanço considerável na maneira com que a representatividade estatal zela pela observância dos elementos políticos, econômicos, sociais e culturais aspirados pela sociedade.

Entretanto, um inconveniente surge quando o Poder Judiciário se imiscui no âmbito de atuação dos outros dois Poderes constituídos, contrariando, portanto, o disposto por Tocqueville quanto à necessidade de aproximação do povo das decisões governamentais.¹³

Como consequência, a resolução dos litígios se dá, por vezes, através de juízes norteados por um protagonismo voltado à reeleitura dos fins sociais propostos pela Constituição, com o escopo de praticar a promoção individual dos cidadãos.

Registre-se, por oportuno, que tal fenômeno teve início após o Estado brasileiro ter concluído o processo de migração para o atual estágio político em que estamos inseridos, ocasião em que a função jurisdicional passou a ser incorporada como um suposto vetor democrático diante de matérias políticas e sociais inobservadas pelas instâncias tradicionais.

A essa prática, aliás, foi dada a alcunha de ativismo judicial, e sua aplicação tem sido motivo de preocupação entre alguns estudiosos do Direito, a julgar pela crise de legitimidade decorrente do envolvimento do Poder Judiciário nas esferas de competência que não foram originalmente atribuídas pela Constituição.

Levando-se em consideração os riscos provenientes dessa ocorrência, torna-se necessário analisar mais detalhadamente o fenômeno no intuito de identificar se a atuação dos atuais juízes se mostra “compatível com as bases do constitucionalismo democrático” moderno¹⁴.

12. Art.5º [...] LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

[...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;” Cf., BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2018.

13 NEGRELLY, Leonardo Araújo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, p.1415-1428, 09-12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/analises/fortaleza/3684.pdf>>.

14 CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 19.

3 COMPREENDENDO O CONCEITO E AS IMPLICAÇÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Viu-se, a partir do que foi dito no tópico anterior, que o processo de democratização ocorrido no Brasil no final da década de oitenta foi impulsionado por um instrumento constitucional compromissório que apresentava – assim como ainda apresenta – dificuldades para concretizar as políticas públicas prestacionais aplicáveis, uma vez que o país não havia passado pelo mesmo processo de transformação ocorrido nos países europeus no período do pós-guerra.

Diante dessa “baixa constitucionalidade”¹⁵, a atuação jurisdicional brasileira passou a basear-se em critérios além daqueles tipicamente previstos em lei; ou seja, houve um redimensionamento do papel conferido ao Poder Judiciário, no qual os juízes passaram a ser conduzidos por uma nova forma de interpretar as normas na tentativa de resolverem todos os anseios da sociedade.

Levando-se em conta os riscos democráticos provenientes dessa situação, torna-se necessário um estudo mais acurado sobre o fenômeno em questão (ativismo judicial), com vistas a compreender de que forma os julgadores constroem os *decisums* voltados à promoção individual dos cidadãos.

De início, é preciso registrar que o estudo do ativismo judicial não se mostra como uma tarefa das mais fáceis, seja porque o seu centro de discussão irradia-se a outros pontos limítrofes – como o papel desempenhado pelo Judiciário ao tentar garantir/efetivar os direitos previstos na Constituição –, seja porque ainda existem dificuldades em dissociá-lo da noção que ora se tem da judicialização da política.

Por outro lado, embora não haja na doutrina uma definição específica sobre o que seja o ativismo judicial, destaca-se que não são poucas as tentativas, por parte dos juristas, de tentar conceituá-lo nesse mesmo sentido.

Isso se justifica não só pelo caráter ambíguo¹⁶ atribuído ao fenômeno, mas, principalmente, pelos riscos advindos de sua ocorrência, especialmente nas sociedades democráticas contemporâneas, como será demonstrado a seguir.

Desse modo, em meio às dificuldades de definir o ativismo judicial, a indagação é: como compreendê-lo adequadamente?

A partir do resultado do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* a expressão “ativismo judicial” passou a ser utilizada para direcionar recorrentes críticas ao Poder Judiciário na medida em que algumas de suas decisões não mais repousam no aspecto procedimental originalmente previsto, mas, essencialmente, no caráter comportamental do julgador, isto é, em critérios pessoais que o intérprete dá à norma jurídica.

Daí porque o ativismo judicial é, por vezes, relacionado a uma espécie de controle dos atos ou omissões decorrentes dos poderes Legislativo e Executivo, por meio de uma atividade criativa exercida pelos membros do Poder Judiciário.

Assim, diante da imprecisão que envolve o uso dessa expressão, embora ela constitua conteúdo amiado no meio acadêmico e nas práticas jurídicas, foi que José Geraldo Alencar Filho assim sistematizou o “ativismo judicial”:

15 Segundo Lenio Streck, a baixa constitucionalidade decorre da “falta de uma teoria do Estado e uma teoria constitucional, com as quais se construiriam as condições de possibilidade de implementação da nova Constituição. A esse respeito, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013, p. 52.

16 Segundo Vanice Regina Lirio do Valle, a ambiguidade que envolve o ativismo judicial configura um caráter finalístico e outro de natureza comportamental. No tocante ao primeiro, o ativismo referir-se-ia ao compromisso com a expansão dos direitos individuais. Já com relação ao segundo, prevaleceria a visão pessoal de cada julgador na interpretação da norma constitucionalizada. Cf. VALLE, Vanice Regina Lirio do. (Org.) *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

[...] podemos definir o ativismo judicial como sendo uma conduta ou atitude, com sentido de decisão ou comportamento dos magistrados, a fim de revisar temas e questões, que inicialmente seriam de competência de outras instituições, sobretudo aquelas que tenham política de decisões. Geralmente estes o fazem agindo, além dos limites impostos na lei, ou ainda em sentido contrário à própria norma, sempre intuindo a melhor aplicação com maior eficácia das decisões.¹⁷

Nesses termos, Baio dispõe que:

O fenômeno denominado *ativismo judicial* consiste na participação ativa de juízes e tribunais no processo de formação do direito, com o transbordar dos limites impostos pela letra da lei e o uso de mecanismos jurídico-argumentativos que estendem, da jurisdição, o poder de adaptação dos casos fáticos ao ordenamento.¹⁸

Sob outro viés, Ramos assevera que o ativismo judicial é:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.¹⁹

Ao alicerçar o ideário proposto pelos aludidos autores, Lenio Streck argumenta que a visão que se tem do “juiz ativista” é fruto de um imaginário constitucionalista intensificado pelos eventos do segundo pós-guerra, sobretudo a partir da influência exercida pela jurisprudência dos valores empregada pelo Tribunal Constitucional alemão.²⁰

Por sua vez, William P. Marshall, em artigo publicado pela *University of Colorado Law Review*, relacionou os requisitos que delimitam o fenômeno, a saber: 1) *counter-majoritarian activism*; 2) *non-originalist activism*; 3) *precedential activism*; 4) *jurisdictional activism*; 5) *judicial creativity*; 6) *remedial activism*; 7) *partisan activism*.²¹

Embora a análise desses fatores não represente o foco da presente pesquisa, destaca-se que a sua presença, somada à busca de soluções para os mais diversos problemas sociais, conferiu ao Judiciário um comportamento impetuoso quando da concretização de direitos que não foram ou não estão sendo plenamente satisfeitos, sobretudo aqueles ligados a preceitos fundamentais.

Nesse raciocínio, uma preocupação salta à memória: se o Judiciário pode revisar temas de competência de outras instituições políticas, agindo além dos limites impostos por lei ou contrariamente a esses, como que a sinalizar a gênese de uma juristocracia, quais seriam, então, os limites da jurisdição?

17 ALENCAR FILHO, José Geraldo. Judicialização da política e ativismo judicial: estudos dos motivos determinantes e limites na interpretação judicial. 2011. 126 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Católica de Pernambuco, 2011, p. 47.

18 BAILO, Lucas Seixas. Ativismo e Legitimidade: Província Democrática Para a Criação Judicial do Direito. *Revista da Ajuris - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 39, n.127, p.257-290. set. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/767/461>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

19 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

20 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, op. cit., p. 43.

21 Numa tradução aproximada: 1) contramajoritarismo; 2) não originalismo; 3) ausência de deferência perante os precedentes judiciais; 4) ativismo jurisdicional; 5) criatividade judicial; 6) ativismo remedial; 7) ativismo partidário. Cf. MARSHALL, William P. *Conservatives and the seven sins of judicial activism*. In: *University of Colorado Law Review*. v. 73, sept. 2002, p.101-140. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 17 nov. 2018.

Embora por um lado o Judiciário não possa esquivar-se de sua atividade primordial, do outro ele deve exercer suas funções de modo a não caracterizar um extravasamento dos limites de sua competência originária, porque “uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”²² representa riscos ao contexto democrático.

A esse respeito, Logan Caldas Barcellos esclarece que uma das principais críticas feitas ao papel proeminente da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito refere-se ao fato de que o ativismo judicial viola a separação de poderes na medida em que os juízes avançam sobre competências dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente.²³

Nesse contexto, depreende-se que a ocorrência do ativismo judicial, evidenciado como a substituição, pelos juízes, dos “juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios”²⁴, resulta em práticas discricionárias ou decisionistas que infringem o texto constitucional.

Com base nessa perspectiva, Alencar Filho faz um alerta preocupante:

Certamente que o ativismo é de fato uma tendência mundial inevitável. As próprias transformações que sofre o mundo pós-globalização urgem por novos modos de pensar a estrutura, o Poder e a maneira como aquela se demonstra para os tutelados do Estado que necessitam de uma resposta rápida para a satisfação das garantias e direitos que são oferecidos pelo Estado e que devem ser por ele salvaguardados.²⁵

Em se tratando do Brasil, a situação não é diferente, e isto se justifica pelos rumos políticos de sua trajetória; ou seja, com o advento da nova Constituição, sem que o país tenha vivenciado as transformações de cunho social experimentadas por outras comunidades no decorrer da história, o Estado contraiu o dever de resolver os anseios dos indivíduos sem no entanto, se preocupar com uma reconstrução da teoria do Direito brasileira.

Assim, considerando-se a existência de uma infinidade de promessas de políticas de bem-estar numa sociedade multifacetada, em que a celeridade dos acontecimentos exige soluções práticas e igualmente céleres, verifica-se o surgimento de uma crise na democracia, sem prejuízo da ascensão de uma possível juristocracia.

Entretanto, como as opiniões sobre o ativismo judicial costumam ocupar posições diametralmente opostas, é bastante comum que o instituto seja assimilado a partir de extremos (bom/ruim – positivo/negativo), sobretudo depois da nova ordem constitucional que tomou conta do país a partir de 1988.

22 RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 117.

23 BARCELLOS, Logan Caldas. Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no Estado Democrático de Direito: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção a partir a possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2010, p. 58.

24 STRECK, Lenio Luiz. OAB in foco. ago./set. 2009, ano IV, n. 20. Uberlândia, MG, p. 15.

25 ALENCAR FILHO, José Geraldo, *op. cit.*, p. 49.

4 O JUIZ ATLAS E O PROBLEMA DIANTE MATERIALIZAÇÃO (A QUALQUER CUSTO) DOS DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO

Numa época em que a efetividade do exercício dos direitos previstos na Constituição parece se sustentar nos ombros dos juízes, resta compreender se o ativismo é aplicado de forma subversiva ou se vai ao encontro dos ditames constitucionais nesse mesmo sentido.

A esse respeito, referimo-nos, aqui, à “sustentação nos ombros dos juízes”, pois, se o art. 102 da Magna-Carta diz que cabe ao Supremo Tribunal Federal promover a guarda da Constituição, significa dizer que o Poder Judiciário sempre terá a palavra final sobre a questão. Afinal, seria isso um privilégio ou uma maldição?²⁶

A resposta para essa pergunta pode ser alcançada pela leitura de uma das obras²⁷ de Ronald Dworkin. Veja-se, a partir da figura do Juiz Hércules – julgador hipotético sabedor de todas as coisas e dotado de capacidades intelectuais sobre-humanas para proferir decisões justas e adequadas diante com um caso difícil – deparamo-nos com o então inédito Juiz Atlas.²⁸

Segundo a mitologia, Atlas, também conhecido como Atlante, é apresentado como um dos Titãs que, pretendendo o poder supremo, atacou o Monte Olimpo onde lutou ferozmente contra Zeus e os seus demais aliados. Ao perder a batalha, foi condenado a sustentar o céu para sempre em seus ombros.²⁹

Partindo dessa simbologia, é possível associar a penalidade atribuída à Atlas, de certa forma, com algumas das ocorrências envolvendo o Poder Judiciário na vida real. O juiz Atlas, atualmente no Brasil, sustenta em seus ombros uma série de tarefas, incumbências, obrigações e tantas outras responsabilidades oriundas das atividades cotidianas que os levam a pensar ser capazes de carregar todo o mundo em suas costas sem que para isso hajam consequências.

Ora, se de um lado Hércules representa o arquétipo ideal de qualidades extraordinárias que um magistrado deveria ter para resolver os casos difíceis, Atlas, por sua vez, simboliza o perigo no qual se encontra o Estado Democrático de Direito em razão do acúmulo indevido, por parte do Poder Judiciário, das funções típicas dos demais Poderes constituídos.

Nesse contexto, Atlas age de forma propositalmente egoísta, limitando e expandindo as fronteiras de interpretação dos textos legais para incluir em suas decisões não apenas a descrição do fato e da violação da norma jurídica, como, também, a conduta social esperada através de soluções e sanções inéditas, acreditando estar restaurando o equilíbrio da Democracia instituída por força Constitucional.³⁰

Como se vê, o comportamento de Atlas, embora esteja associado com a efetividade do Direito na esfera social, converte-se numa verdadeira ameaça à Democracia atual na medida em que corresponde a uma violação dos Princípios da Separação de Poderes e da Imparcialidade, respectivamente.

Como consequência, deparamo-nos com o retardamento da prestação jurisdicional, além da desconfiância quanto à qualidade das sentenças proferidas nesse mesmo sentido. E isso é algo extremamente relevante, pois nesses casos, o produto interpretativo das normas constitucionais resulta da utilização de elementos não jurídicos na confecção decisões judiciais.³¹

26 SANTOS, Raphael de Souza Almeida. O juiz Atlas diante da efetividade das normas constitucionais. Estado de Direito. Porto Alegre, 30 ago. 2016. Coluna Instante Jurídico, p. 1-1. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/o-juiz-atlas-diante-da-efetividade-das-normas-constitucionais/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

27 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 377-492.

28 SANTOS, Raphael de Souza Almeida, op. cit., p. 01.

29 Idem.

30 Idem.

31 Idem.

Como se vê, a metáfora do Juiz Atlas se apresenta como uma importante ferramenta por desvelar os riscos inerentes à sobrecarga/avocação de responsabilidades assumidas pelo Poder Judiciário na tentativa de materializar (a qualquer custo) os direitos Constitucionais instituídos a partir de 1988.³²

Num cenário onde a arte política, tal qual a conhecemos, se consubstancia, em tese, na promoção efetiva de um amplo debate entre partes interessadas, parece-nos incoerente imaginar uma construção democrática sustentada, precipuamente, por entre os cancelos dos Tribunais.

Isso se justifica porque, apesar de o ativismo judicial ser uma tendência mundial, seu emprego ainda gera controvérsias quanto à forma de solucionar os dilemas jurídicos, sobretudo porque o fenômeno expõe uma velada “crise institucional dos órgãos deliberativos da democracia representativa e do estado político em que se encontra a sociedade moderna”³³, ante a necessidade de conversão do intérprete das normas num tipo de “legislador retroativo”³⁴.

Em tempos em que o dito neoconstitucionalismo³⁵ pugna pela supremacia da Constituição quase que de forma desregrada, aumenta-se a crença absoluta de que juízes e Tribunais sempre possuem a resposta certa quanto aos anseios do jurisdicionado pós-moderno, favorecendo, assim, uma suposta “juristocracia”³⁶ destituída de conteúdo democrático, a julgar pela ausência dos debates necessários nesse sentido.

De se ver que em casos assim, a legitimidade democrática da jurisdição pode ser colocada em xeque caso as decisões judiciais primem por uma supremacia constitucional norteadas por juízos de consciência derivados de discursos políticos que não puderam ser concretizados democraticamente no modo e tempo esperados. Prova disso tem sido o posicionamento inédito, e porque não dizer, curioso, de uma parcela de juízes a respeito de temas como: acesso a prédios públicos por pessoas com mobilidade reduzida, cotas raciais, fidelidade partidária, reconhecimento de relações homoafetivas, regulamentação quanto ao uso de algemas, demarcação de terras indígenas, nepotismo, acesso à programas sociais do governo, etc.

Lado outro, independentemente do tipo de ativismo empregado, o simples fato de a investidura dos juízes não passar por um processo de escolha democrática, já enseja, *per se*, eventuais questionamentos quanto à legitimidade das decisões.

Fácil perceber, então, que o ativismo judicial é um fenômeno perigoso à Democracia brasileira, uma vez que se refere a um extravasamento dos limites de atuação do Poder Judiciário, no qual as decisões são baseadas em critérios não necessariamente jurídicos, mas, essencialmente, na visão pessoal de cada julgador.

32 Idem.

33 LOMEU, Gustavo. O Papel do Ativismo Judicial Na Construção do Paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista Lex Magister, 2013. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23451438_O_PAPEL_DO_ATIVISMO_JUDICIAL_NA_CONSTRUCAO_DO_PARADIGMA_DO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.aspx>. Acesso em: 22 nov. 2018.

34 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Voltando à problemática da Tipologia Regras e Princípios: Primeiro Ensaio. Jurispoiesis. Ano 13, n. 13, 2010.

35 Anote-se, por relevante, que, para Lenio Streck, o termo “neoconstitucionalismo” é motivo de ambiguidades teóricas e de mal-entendidos capazes de levar-nos a equívocos, haja vista que a referida expressão direciona o operador do Direito ao caminho da jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas temperadas por elementos provenientes da ponderação alexyana. Em outras palavras, a referida alcunha, defende, ao mesmo tempo, um dito Direito Constitucional da efetividade assombrado pela ponderação de valores e uma concretização ad hoc da Constituição, onde haveria uma pretensa constitucionalização através de jargões vazios de conteúdo. Cf., STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso, op. cit., p.31.

36 Expressão utilizada por Teodolina Batista da Silva Cândido Vítório para fazer referência ao sistema criado pelos americanos Michael Hammer e James Champy, onde organizações públicas ou particulares reformulam as metodologias do exercício de suas atividades para alcançarem as metas anteriormente pretendidas. Cf.,

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O Ativismo Judicial Progressista e a Garantia dos Direitos Humanos no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista Online FADIVALE, Governador Valadares, v. 4, n. 7, p.01-35, 2011. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2011/Artigo%20Teodolina.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

A esse respeito, Streck, Tassinari e Lepper acrescentam que:

Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial figura como um problema, carregado de um pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador.³⁷

Diante do que aqui foi dito, destaca-se que a Democracia brasileira só terá condições de se materializar de forma efetiva quando forem observados alguns aspectos de ordem procedimental e de caráter discursivo subordinados às disposições constitucionais quanto aos Poderes constituídos.

Caso isso seja plenamente possível, o ativismo judicial deixará de ser considerado um instrumento voltado à consolidação do Estado Democrático de Direito para se tornar um evento passageiro em um país de baixa constitucionalidade vivendo em modernidade tardia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de o Brasil sustentar um cariz democrático desde a mudança do regime político ocorrida no ano de 1988, verificou-se que essa característica se encontra muito aquém do nível esperado. Nesta paragem, o ativismo judicial se mostrou como uma ferramenta voltada à promoção individual do cidadão ao garantir o acesso aos direitos previstos na Constituição.

Lado outro, através da figura do Juiz Atlas, restou demonstrado que caso não haja um regramento específico para o estabelecimento das competências institucionais previstas na Constituição, o ativismo pode, em alguns pontos, apresentar sérios riscos para a legitimidade da Democracia brasileira.

Ao restarem evidenciados os efeitos dessa conjugação, o ativismo judicial não pode ser vislumbrado como solução para todos os problemas constantes na crise institucional que transpassam os órgãos deliberativos da democracia representativa.

Pensar em sentido contrário, seria o mesmo que admitir o ativismo como um fenômeno inexorável das democracias modernais, o que não nos parece adequado, já que o ativismo é considerado uma atitude, e não um fato, tal qual acontece com a judicialização da política.

No intuito de diminuir os efeitos dessa ocorrência, é imperioso que toda e qualquer decisão pautada na proatividade dos juízes deva ser motivada, ainda que à exaustão, levando-se em consideração a participação dos personagens envolvidos, tal qual previsto pelas disposições do atual Estado Democrático de Direito.

Lado outro, deve, o Poder Judiciário, deixar de se imiscuir nas esferas de competência que não foram originalmente atribuídas pela Constituição. Esta é única maneira de robustecer os Princípios da Separação de Poderes e da Imparcialidade, diminuindo, por um lado, a desconfiança quanto à qualidade das sentenças proferidas, e aumentando por outro, a certeza de que vivemos num país democrático.

37 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, p.52-61, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

REFERÊNCIAS

ALENCAR FILHO, José Geraldo. **Judicialização da política e ativismo judicial: estudos dos motivos determinantes e limites na interpretação judicial**. 2011. 126 f. Dissertação (Mestrado) Universidade Católica de Pernambuco, 2011.

BAIO, Lucas Seixas. **Ativismo e Legitimidade: Província Democrática Para a Criação Judicial do Direito**. *Revista da Ajuris – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 39, n.127, p.257-290. set. 2012. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/767/461>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BARCELLOS, Logan Caldas. **Limites e possibilidades hermenêuticas da jurisdição constitucional contemporânea no Estado Democrático de Direito: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no mandado de injunção a partir a possibilidade e necessidade de respostas corretas no direito**. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do Jogo**. [Tradução de Marco Aurélio Nogueira]. 6. ed. Coleção Pensamento Crítico. v. 63. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 nov. 2018.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. [S.l.:s.n], [1930- 1987].

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOFSTADTER, Richard. **Great Issues in American History**. New York: Vintage Books, 1958.

LOMEU, Gustavo. **O Papel do Ativismo Judicial Na Construção do Paradigma do Estado Democrático de Direito**. *Revista Lex Magister*, 2013. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_23451438_O_PAPEL_DO_ATIVISMO_JUDICIAL_NA_CONSTRUCAO_DO_PARADIGMA_DO_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.aspx>. Acesso em: 22 nov. 2018.

MAGALHÃES, Fernando. **O passado ameaça o futuro Tocqueville e a perspectiva da democracia individualista**. *Tempo Social*, São Paulo, v. 12, n. 1, p.141-164, maio 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-2070200000100008>. Acesso em: 03 nov. 2018.

MARSHALL, William P. **Conservatives and the seven sins of judicial activism**. In: *University of Colorado Law Review*. v. 73, sept. 2002, p.101-140. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 17 nov. 2018.

NATALI, João Batista. **Nova Constituição Entra Em Vigor: Termina a Transição Para Democracia**. *Folha de S. Paulo*. São Paulo. 5 out. 1986. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_05out1988.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático**. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p.1415-1428, 09-12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Voltando à problemática da Tipologia Regras e Princípios: Primeiro Ensaio.** Jurispoiesis. Ano 13, n. 13, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O Papel do Processo Na Construção da Democracia: Para Uma Nova Definição da Democracia Participativa. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v.17, n.1, p.155-168, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4098/3493>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

SANTOS, Raphael de Souza Almeida. O juiz Atlas diante da efetividade das normas constitucionais. **Estado de Direito**. Porto Alegre, 30 ago. 2016. Coluna Instante Jurídico, p. 1-1. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/o-juiz-atlas-diante-da-efetividade-das-normas-constitucionais/>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

_____. **OAB in foco.** ago./set. 2009, ano IV, n. 20. Uberlândia, MG.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p.52-61, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139/pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2018.

TOCQUEVILLE, De Alexis. **A Democracia na América: Leis e Costumes.** [Tradução de Eduardo Brandão]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2804534/mod_resource/content/0/tocqueville_a-democracia-na-america-vol-1.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial do STF.** Curitiba: Juruá, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O Ativismo Judicial Progressista e a Garantia dos Direitos Humanos no Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Online FADIVALE**, Governador Valadares, v. 4, n. 7, p.01-35, 2011. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2011/Artigo%20Teodolina.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DESLOCAMENTO AMBIENTAL: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS OBSERVADAS ATRAVÉS DAS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

ENVIRONMENTAL DISPLACEMENT: CAUSES AND CONSEQUENCES OBSERVED THROUGH THE DIMENSIONS OF SUSTAINABILITY

Yury Augusto Dos Santos Queiroz¹

Heloise Siqueira Garcia²

Resumo: O objetivo geral e científico deste artigo é analisar quais são as principais causas e consequências dos deslocamentos ambientais e como essa migração de pessoas pode afetar a localidade receptora, bem como verificar de que forma a população deslocada é afetada pelos desastres ambientais. o trabalho foi dividido em dois, no primeiro momento veremos as dimensões da sustentabilidade de forma sucinta e como elas se apresentam. no segundo, veremos as causas e consequências de alguns desastres ambientais. quanto à metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; o cartesiano na fase de tratamento de dados; e também o indutivo no relatório da pesquisa. foram ainda acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Deslocados Ambientais. Desastres. Sustentabilidade.

Abstract: *The general and scientific objective of this article is to analyze the main causes and consequences of environmental dislocations and how this migration of people can affect the receiving locality, as well as to verify how the displaced population is affected by the environmental disasters. the work was divided in two, in the first moment we will see the dimensions of sustainability succinctly and how they present themselves. In the second, we will look at the causes and consequences of some environmental disasters. Regarding the methodology, the inductive method was used in the research phase; the Cartesian in the data processing phase; and also the inductive in the research report. the techniques of the referent, of the category, of the operational concepts, of the bibliographical research and of the file were still triggered.*

Keywords: *Environmental Displacement. Disasters. Sustainability.*

1 Mestre em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Pós-graduado lato sensu em Direito Empresarial e dos Negócios pela UNIVALI. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Direito Previdenciário. E-mail: yury.queiroz@hotmail.com. Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina, Brasil.

2 Doutoranda em Ciência Jurídica pelo PPCJ - UNIVALI. Doutoranda em Derecho pela Universidade de Alicante - Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ - UNIVALI. Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante - Espanha. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: heloisegarcia@univali.br

1 INTRODUÇÃO

O aumento da poluição, o conseqüente aquecimento global e destruição da camada de ozônio propiciam o efeito estufa, esse que é resultante do aprisionamento na atmosfera de irradiações térmicas que ao não poderem sair ao espaço exterior produzem um progressivo aquecimento. A modificação da cobertura gasosa da Terra causada pelos problemas acima expostos resultam no aumento da temperatura das camadas inferiores da atmosfera, o que leva a outras alterações meteorológicas e à modificação final dos comportamentos humanos, pois estudos já comprovam que a mudança climática a médio e longo prazo causam alterações na geografia física do mundo, no regime de precipitação e em outros aspectos inter-relacionados diretamente com o comportamento humano de produção como a agricultura, a pecuária e os cultivos marinhos, assim como atividades não produtivas como projetos de habitações, planejamento e atividades recreativas.³

Podemos citar como problemas reais vividos nos últimos anos com repercussões mundiais: o tsunami no sul da Ásia em 2004; a passagem do Furacão Katrina que destruiu a região metropolitana de Nova Orleans nos Estados Unidos em 2005; os terremotos no Haiti e no Chile em 2010; erupção de uma ilha vulcão em 2010; desastre triplo no Japão em 2011: terremoto, tsunami e crise nuclear; furacão Irma em 2017. Além de tantos outros eventos como queimadas florestais, derramamento de petróleo e a chuva ácida.

Todos esses eventos, destacados como desastres ambientais geram, entre suas conseqüências, problemáticas que envolvem todas as três dimensões clássicas da sustentabilidade, a saber, a social, a econômica e a ambiental. Outrossim, desastres na característica de “ambientais” modificam todo o seu “meio”, resultando, como uma de suas conseqüências, a necessidade de deslocamento de pessoas com o intuito de preservação da vida.

Nesse ínterim, desenvolve-se o estudo do presente artigo, que apresenta como objetivo geral analisar as causas e conseqüências, a partir das dimensões da sustentabilidade, do deslocamento ambiental com um viés empírico e exemplificativo.

Ademais, apresenta-se como objetivos específicos da pesquisa compreender a sustentabilidade e suas dimensões a partir dos principais teóricos contemporâneos; definir deslocados ambientais; verificar exemplos práticos de deslocamento ambiental, suas causas e conseqüências a partir da perspectiva da sustentabilidade.

Para tanto, o trabalho foi problematizado com o seguinte questionamento: quais as causas e conseqüências do deslocamento ambiental de pessoas a partir das três dimensões clássicas da sustentabilidade?

Em resposta a tal questionamento, a hipótese aventada foi a de que todo desastre ambiental gera danos em seu meio com repercussões de escala social, econômica e ambiental, levando, inclusive, à necessidade de deslocamento de pessoas para sobrevivência, o que, por sua vez, geram outras conseqüências sociais, econômicas e ambientais, devendo, tudo isso, ser observado, acolhido e tratado pelo direito.

Desta feita, elencando os objetivos, problema e hipótese, o trabalho foi dividido para a melhor compreensão do tema em duas partes: 1. As dimensões da sustentabilidade; e 2. Os impactos dos desastres ambientais nas populações afetadas.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento⁴.

3 MARTÍN MATEO, Ramón. Tratado de Derecho Ambiental. Madrid: Trivium, 1992, v.2, p. 405-434.

4 Conforme estabelecido na obra: PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 58.

2 AS DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

Segundo Freitas⁵ a Sustentabilidade, “é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional”, e para que assim continue é necessário que se atenda ao “ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico”. Das explicações de Freitas, e com base no restante da doutrina especializada, é possível estudar as dimensões da Sustentabilidade através de três principais, são elas: social, ambiental e econômica. Essas dimensões são vistas como os pilares da Sustentabilidade que ao mesmo tempo em que são interdependentes, também se sustentam mutuamente.

Nesse contexto, o presente trabalho abordará especificamente estas três dimensões principais: social, ambiental e econômica. O estudo da Dimensão Social a Sustentabilidade parte da ideia de que não se pode admitir um modelo de desenvolvimento onde se incluem alguns e se excluem outros, seja por raça, gênero ou qualquer outra forma pré-definida. Deve-se sempre ir em busca da qualidade de vida digna para todos, sobre este ponto Real Ferrer⁶ diz o seguinte:

[...] la calidad de vida se asocia y depende del entorno vital en que nos movamos. Entorno físico-natural, entorno afectivo y entorno-social. Bien, como veremos, la humanidad tiene ante sí el monumental reto de adecuar sus conductas individuales e colectivas para hacer posible un futuro de esperanza que conserve un medio ambiente adecuado para nuestro desenvolvimiento colectivo y sea capaz de crear una sociedad, más justa y solidaria, que haga posible nuestra realización personal em un marco de dignidad colectiva. Ese es el reto y ese el nuevo paradigma, la sostenibilidad.

Ou seja, o alcance da Sustentabilidade em todas as suas dimensões demanda um esforço comum de todas as áreas, de todas as pessoas, um modelo de governança que apresente medidas universais com eficiência e eficácia⁷, os agentes devem pensar globalmente e atuar localmente⁸.

Complementando o conceito acima, para Freitas⁹ a dimensão social da Sustentabilidade reclama incremento da equidade, na potencialização e no fomento das qualidades humanas com educação de qualidade, além do engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a viver a longo prazo, com dignidade própria e acima de tudo respeito à dignidade dos demais seres vivos.

Nesse contexto, é possível verificar, por exemplo, que a preservação do meio ambiente ou a obtenção de uma sociedade “sustentável”, será manifestamente insustentável se obtida por meio de uma economia “indecente”, que não respeite a dignidade do ser humano.

Tendo em vista que para haver Sustentabilidade ‘plena’, é necessário que se trabalhe a dimensão econômica da Sustentabilidade, esta que surgiu, segundo Leff¹⁰, com a crise ambiental, quando a economia se viu obrigada a assumir sua responsabilidade na crescente degradação ecológica e na escassez de recursos naturais.

Há, portanto, que se considerar que a dimensão econômica está preocupada com o desenvolvimento de uma economia que tenha por finalidade gerar uma melhor qualidade de vida para as pessoas, com padrões de desenvolvimento que gerem o menor impacto ambiental possível.

5 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.57.

6 REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?. *Novos Estudos Jurídicos*. 2012. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34959/1/2012_Real_NEJ.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

7 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.59.

8 REAL FERRER, Gabriel. La Construcción Del Derecho Ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 18, n. 3, p. 347-368, dez. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

9 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.60.

10 LEFF, Henrique. *Discursos sustentáveis*. São Paulo: Cortez, 2010. p.37.

Essa dimensão passou a ser considerada no contexto da Sustentabilidade, primeiro porque não há como retroceder nas conquistas econômicas (de desenvolvimento) alcançadas pela sociedade mundial, e segundo porque o desenvolvimento econômico é necessário para a diminuição da pobreza alarmante, por exemplo, através de novas vagas de emprego.

Segundo Brown¹¹, criou-se uma economia que não pode sustentar o progresso econômico, uma economia que não pode nos conduzir ao destino desejado. Por este motivo a 'economia verde' propõe "um enfoque multidisciplinar para a gestão do meio ambiente, excluindo o crescimento quantitativo de seus pensamentos a favor de um desenvolvimento qualitativo"¹².

Com base no que foi apresentado até agora, percebe-se que não há como se desvincular o Direito Ambiental do Direito Econômico¹³, devendo ambos serem tratados de forma ampla e conjunta, com a finalidade de conceber a conciliação entre o desenvolvimento e a Sustentabilidade, com a finalidade de unir a preservação dos recursos ambientais e do desenvolvimento econômico. Sendo assim, passa-se agora a apresentar um pouco no que consiste a Dimensão Ambiental da Sustentabilidade.

Segundo Nascimento¹⁴, a Dimensão Ambiental da Sustentabilidade "supõe que o modelo de produção e consumo seja compatível com a base material em que se assenta a economia, como subsistema do meio natural" ou seja, produzir e utilizar recursos de forma que os ecossistemas possam manter sua capacidade de resiliência. Sachs¹⁵ entende que a dimensão ambiental,

[...] está vinculada à preservação do potencial do ecossistema na sua produção de recursos renováveis, à limitação do uso de recursos não-renováveis e ao respeito e realce da capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais.

No conceito de Real Ferrer sobre a dimensão ambiental da Sustentabilidade, esta pode ser entendida como aquela que garante a proteção do sistema planetário, mantendo as condições que possibilitam a vida na terra, salientando ao final, que há necessidade de desenvolver normas globais para que esta dimensão possa ser eficaz.

Por fim, em resumo, a dimensão ambiental volta-se para preservação do meio ambiente, não em uma perspectiva individualista, mas por um conceito transindividual, com o objetivo de preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Aqui entrando na dimensão social, como visto, busca a efetivação de direitos sociais, pois havendo respeito ao ser humano este também respeitará a natureza e o uso equilibrado de seus recursos, ponto no qual se adentra na dimensão econômica da Sustentabilidade, que consiste na conscientização da finitude dos recursos naturais, visando uma conscientização nesse aspecto, propiciando a manutenção do que já foi alcançado, porém buscando uma melhor forma de utilização dos recursos, preservando-os e renovando para as gerações futuras.

11 BROWN, Lester R. Eco-economia: construindo uma economia para a terra. Salvador: UMA, 2003. p.06.

12 AGUADO, Itziar; ECHEBARRIA, Carmen; BARRUTIA, José M. El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico. Revista del Economía Mundial, Huelva, n. 21, p. 87-110, 2009. p.102.

13 MONTIBELLER FILHO, Gilberto. O mito do Desenvolvimento Sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

14 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da Sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. Estud. av., São Paulo, v.26, n.74, p.51-64, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Aug. 2016.

15 SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: Garamond. 2002. p.86.

3 OS IMPACTOS DOS DESASTRES AMBIENTAIS NAS POPULAÇÕES AFETADAS¹⁶

Na ausência de uma norma, como conceito operacional, serão considerados como Deslocados Ambientais as pessoas físicas, as famílias e as populações confrontadas a um Desastre brutal ou gradual em seu ambiente afetando inelutavelmente suas condições de vida e lhes forçando a deixar, com urgência ou no seu decorrer, seus lugares habituais de vida e requerendo sua relocação ou realojamento, conforme consta no Projeto de Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais,

Segundo a classificação de Desastres, feita por Bates¹⁷, umas das formas de Desastre que obrigou o deslocamento é a construção de hidrelétricas. Partindo deste ponto, segundo Rosa e Busato¹⁸, obras de grande porte como usinas hidrelétricas acarretam mudança no cenário de sua instalação, alterações que estão relacionadas não só ao ecossistema de espécies vegetais e animais, mas também à paisagem natural e à vida humana, as autoras entrevistaram cerca de 13 (treze) famílias que foram deslocadas para possibilitar a construção da hidrelétrica da Foz do Chapecó, e o que elas extraíram dos entrevistados foram os seguintes sentimentos e falas:

Estou aqui contra a vontade, queria ter meu chato, meu chão, nós queríamos morar lá no interior, lá na roça onde nós morávamos antes. (Entrevistado 1). Residir aqui, vou falar bem certo, aqui não é a mesma cultura que nós tínhamos lá embaixo. (Entrevistado 11). Nós era mais feliz antes, nós tinha visita, os vizinhos, nós trabalhava lá pra baixo, depois ficamos sem nossa melhor terra. (Entrevistado 13). Antes da Foz tinha fruta na beira do rio, tinha bicho, tinha tudo, hoje não tem mais nada. (Entrevistada 3). Tinha bastante árvores, frutas nativas, isso também foi uma perda. Mudou tudo, ficou muito diferente, quem vai lá não reconhece mais. (Entrevistado 14). A gente plantava melancia e nunca dava problema, ano passado plantamos não deu nenhum pé, não colhemos nada. (Entrevistado 5). A gente olha ali pra baixo e tinha vizinho, e tinha tudo [lágrimas nos olhos]. A gente ficou sozinho, um vazio, não tem mais nenhum morador. Ficou ruim porque não tem mais uma visita, não tem mais ninguém, todos longe. (Entrevistado 13).

Esses são somente alguns dos vários relatos apresentados por Rosa e Busato, porém é possível observar que não foi só no âmbito da convivência social que houve alteração, a qualidade da terra e forma de subsistência também foi afetada quando a plantação de melancia não “vingou” como nas épocas que moravam onde hoje é área inundada.

Os relatos também demonstram que aquela população teve de se adaptar a nova realidade que lhes foi imposta, segundo Saquet¹⁹, ao deslocar-se o homem passa a ocupar um novo lugar, um novo território de forma social e espacial, e por este motivo ele cria um “novo local”, adquire novas crenças, valores e uma nova cultura, além de alterar seu comportamento, em outras palavras, adapta-se.

16 Este subtítulo contém fragmentos e transcrições do artigo seguinte: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. Impactos Multidimensionais Da Sustentabilidade Causados Pelos Deslocados Ambientais. Aguardando publicação.

17 BATES, Diane C. Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change, p. 469. Disponível em: <<http://greencurriculumsc.files.wordpress.com/2012/04/environmental-refugees1.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017. Tradução livre do autor.

18 ROSA, Lisiane da. BUSATO, Maria Assunta. Transformações sociais e do meio ambiente vivenciadas por famílias atingidas pela hidrelétrica Foz do Chapecó. In: PIT DAL MAGRO, Márcia Luíza; RENK, Arlene; FRANCO, Gilza Maria de Souza. (orgs.). Impactos socioambientais da implantação da hidrelétrica Foz do Chapecó. Chapecó, Santa Catarina. Ed. Argos. 2015. p.165.

19 SAQUET, M. A. Por uma Geografia das territorialidades e das temporalidades: uma concepção multidimensional voltada para a cooperação e para o desenvolvimento territorial. São Paulo: Outras Expressões, 2011.

Contudo, tal como explicou Saquet acima, segundo Rosa e Busato²⁰, apesar da adaptação difícil, as famílias deslocadas visualizaram nessa mudança uma oportunidade de ter uma vida mais confortável, com melhores possibilidades de trabalho, renda e condições de moradia e segurança. Ou seja, mesmo com a saudade e o apego anteriormente relatado, devido a necessidade de reconstruir suas identidades, essas famílias puderam se adaptar ao novo local e as novas necessidades e interações sociais que se colocavam à sua frente.

Nesse diapasão, Falicov²¹ acentua que a dificuldade de adaptação é natural, principalmente quando ocorre a migração de forma forçada, pois normalmente, as pessoas tendem a ter maior dificuldade em aceitar e aderir à nova realidade que se coloca, diferente daquelas que decidem espontaneamente pela migração, por exemplo, um Migrante econômico que desloca-se à procura de uma vida melhor, devido à falta de oportunidades no mercado de trabalho e pobreza em sua localidade anterior, tende a se adaptar muito mais rápido que um Deslocado Ambiental ou um Refugiado que é forçado a deixar sua casa.

A hidrelétrica apesar de causar impactos, por certo pode ser considerada “menor” diante do segundo exemplo que se passa a apresentar, trata-se de um Desastre Ambiental causado pelo homem e lembrado até hoje por milhares de pessoas ao redor do planeta, a explosão da usina nuclear de Chernobyl, Desastre nuclear ocorrido em 26 de abril de 1986.

[...] os prestadores de socorro das primeiras horas receberam em Chernobyl doses tão altas que sua morte pode ser atribuída com toda certeza ao acidente. Mas, para todas as pessoas que sofreram, na hora ou em seguida, doses médias ou fracas, as coisas são mais complexas. Em princípio, uma pesquisa epidemiológica poderia avaliar, retrospectivamente, o excesso das doenças malignas que afetaram as populações atingidas sobre a taxa normalmente esperada. Mas essa pesquisa não pôde ser feita corretamente em Chernobyl, pois as populações mais afetadas, os bombeiros e as pessoas que puderam ser deslocadas dispersaram-se pelo território da União Soviética, e nenhum acompanhamento pôde ser efetuado²².

O local mais afetado pela explosão da usina de Chernobyl foi a cidade de Pripjat, fundada em 4 de fevereiro de 1970, ela essencialmente abrigava os trabalhadores da usina e seus familiares. A infraestrutura local contava com casas, apartamentos, escola, hospitais, bibliotecas, cinemas, salas de espetáculos, locais para esporte, lojas, ferrovia e rodovia. Quando o acidente aconteceu a população estimada era de 49.000 habitantes, ninguém pode continuar na cidade e tiveram de sair levando apenas a roupa do corpo²³.

Segundo o documentário “O Desastre de Chernobyl” produzido pelo Discovery Channel²⁴, que é reconhecido pela embaixada da Ucrânia no Brasil por meio de documento disponibilizado como fonte fidedigna dos acontecimentos²⁵, relata por exemplo, que foi só após trinta horas do ocorrido que as medidas de precaução foram tomadas para os habitantes de Pripjat, como a distribuição de pílulas de iodo e

20 ROSA, Lisiane da. BUSATO, Maria Assunta. Transformações sociais e do meio ambiente vivenciadas por famílias atingidas pela hidrelétrica Foz do Chapecó. In: PIT DAL MAGRO, Márcia Luíza; RENK, Arlene; FRANCO, Gilza Maria de Souza. (orgs.). Impactos socioambientais da implantação da hidrelétrica Foz do Chapecó. Chapecó, Santa Catarina. Ed. Argos. 2015. p.178-179.

21 FALICOV, Celiza Jaes. Migración, pérdida ambigua y rituales. Perspectiva Sistémica. Buenos Aires, n.69. 2011. Disponível em: <<http://www.redsistemica.com.ar/migracion2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

22 DUPUY, Jean-Pierre. A catástrofe de Chernobyl vinte anos depois. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 59, p. 243-252, apr. 2007. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10219>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

23 CASTILHO, Maria Augusta; DE LIMA SUGUIMOTO, Djmes Yoshikazu. CHERNOBYL-A CATÁSTROFE. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 12, n. 2, p. 316-322, 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/yuryq/Downloads/1506-5166-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

24 DISCOVERY CHANNEL. O Desastre de Chernobyl. (Vídeo) diretor Thomas Johnson. 2006. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bv4AooZsfHs>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

25 CASTILHO, Maria Augusta; DE LIMA SUGUIMOTO, Djmes Yoshikazu. CHERNOBYL-A CATÁSTROFE. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 12, n. 2, p. 316-322, 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/yuryq/Downloads/1506-5166-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

a evacuação em massa. Devido à demora em serem tomadas as primeiras medidas necessárias, a evacuação quando iniciada foi realizada em um prazo de duas horas, literalmente a população saiu com a roupa do corpo abandonado sua casa e vida naquela cidade. Segundo essa mesma fonte todas as pessoas foram evacuadas em apenas três horas e meia, sem nenhum tipo de pânico, ônibus levaram os primeiros deslocados (ambientais) atômicos da Europa.

[...] A evacuação aconteceu sem nenhum tipo de desespero, mas não foram sem recusa, uma vez que muitos moradores em alguns locais convocaram assembleias para evitar a saída das pessoas. Alguns idosos não acreditavam em um inimigo invisível, chegavam a esconder-se em porões e quando achados pelos militares ficaram aos prantos por ter que abandonar suas terras. A cidade de Chernobyl só foi evacuada no dia 27, essa cidade era maior que Pripjat, a estratégia para levar as pessoas a um local com melhores condições foram as mesmas executadas nas primeiras cidades e vilas. As cidades, vilas e casas rurais dentro da zona de exclusão nunca mais iriam receber nenhum habitante, tornando-se cidades fantasmas que ainda hoje abriga objetos dos seus antigos moradores²⁶.

Conforme diserta Mara²⁷, as terras em volta da usina se tornaram inutilizáveis, pois as plantas, o solo e a água estavam muito contaminados após o acidente. Além disso, dezenas de milhares de quilômetros quadrados de áreas agricultáveis foram contaminadas pela radiação e grandes quantidades de alimentos, especialmente produtos lácteos foram destruídos²⁸. Também mais de 4 milhões de hectares de florestas na Europa foram contaminadas pela radiação de Chernobyl²⁹, prejudicando a alimentação de grande parte da população mais pobre do Leste Europeu que dependia de seus recursos para complementar a sua dieta alimentar³⁰.

26 CASTILHO, Maria Augusta; DE LIMA SUGUIMOTO, Djmes Yoshikazu. CHERNOBYL-A CATÁSTROFE. Revista da Universidade Vale do Rio Verde, v. 12, n. 2, p. 316-322, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/yuryq/Downloads/1506-5166-1-PB.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

27 MARA, Wil. The Chernobyl disaster: legacy and impact on the future of nuclear energy (Perspectives on). NY: Marshall Cavendish Corporation, 2011. p.77.

28 SCHWARTZ, Julia A. International nuclear third party liability law: the Response to Chernobyl. In: NEA-OECD/ IAEA. International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period. Paris: OECD, 2006. ISBN 92-64-02293-7. Disponível em: <https://www.oecd-nea.org/law/chernobyl/SCHWARTZ.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2016

29 IPATYEV, Victor A.. Healing the damage of Chernobyl: radiationcontaminated forests and their rehabilitation. Unasylya: FAO, 2007. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/004/y2795e/y2795e08.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

30 MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. De Chernobyl a Fukushima: os impactos dos danos ambientais nos direitos das crianças. Estudos internacionais: revista de relações internacionais da PUC Minas, v. 3, n. 2, p. 225-246, 2016.

Figura 1 - Antes e depois da cidade de Pripyat



Fonte: Pinterest³¹

Como é possível extrair dessa pequena porção da história de Chernobyl, não foi só a população local que foi afetada, todo o leste europeu sofre até hoje com as consequências provocadas pela explosão, principalmente com as doenças causadas pela contaminação. Durante a pesquisa não foi possível verificar para que local as pessoas, familiares e trabalhadores, foram deslocados, as únicas informações apresentadas é que se espalharam pela Europa e que sofreram restrições em suas atividades habituais o que tornou a rotina diária difícil e instável, além da presença de ansiedade, angústia, atitudes fatalísticas e uma mentalidade de vitimização³², contudo não há demonstração se houve ou não consequências físicas ao local e população receptores.

O próximo exemplo a ser apresentado completou três anos em novembro de 2018, conhecido como o "Desastre de Mariana" a calamidade ocorreu na tarde de 05 de Novembro de 2015, quando

31 K., Natalie. Disponível em: <<https://br.pinterest.com/pin/134545107598582845/>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

32 GONZÁLEZ, Abel J. Chernobyl: ten years after: global experts clarify the facts about the 1986 accident and its effects. IAEA BULLETIN, v. 3, p. 2-13, 1996. Disponível em: <<https://www.iaea.org/sites/default/files/38302740213.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

A barragem de Fundão, da mineradora Samarco, uma empresa *joint venture* da companhia Vale do Rio Doce e da anglo-australiana BHP- Billiton, se rompeu liberando um volume estimado de 34 milhões de metros cúbicos (m³) de lama, contendo rejeitos de mineração, resultando em intensa destruição nos povoados próximos à jusante da mineradora e diversos outros impactos que se estenderam por 650 km. Foi o maior Desastre mundial desse tipo desde os anos 1960, resultando em danos humanos e ambientais que podem ter um horizonte temporal de longo prazo, efeitos irreversíveis e de difícil gestão³³.

A avalanche de rejeitos gerada pelo rompimento causou danos ambientais imensuráveis e irreversíveis conforme trazem os autores acima, também provocou um cenário de devastação no distrito de Bento Rodrigues, o mais atingido, que ficava cerca de 2 km de onde ocorreu o rompimento, aproximadamente 85 famílias perderam as casas ou tiveram o imóvel afetado pela ocorrência. Abaixo alguns relatos dos moradores da região em entrevista realizada por Silva, Boava e Macedo³⁴:

[...] todo mundo estava tentando se salvar. E naquele momento passou um saveiro e falou assim: corre gente, 'sobe aí, é o fim do mundo, nós vamos morrer todo mundo'. Aí a caminhonete levou a gente até o alto da igreja, até a caixa d'água, aí você via gente carregando os mais velhos nas costas, pessoas carregando pessoas no carrinho de mão, e foi um desespero total. A sensação era de que tava acabando tudo mesmo.

Mudou tudo, perdemos tudo, não sobrou nada. Minha casa foi totalmente tomada pela lama, perdemos tudo, só deu tempo de sair com a roupa do corpo e pegar as minhas filhas e sair correndo.

Uai agora mudou tudo, eu tô ruim. Meu psicólogo ficou ruim, minha mente ficou lá, ruim, entendeu? Tudo que aconteceu comigo e com minha família, com todos, né? Só fica esse Desastre na vida da gente. Tragédia, eu perdi tudo, tudo. Minhas criação foi tudo embora, tudo embora pra água abaixo. Nosso futuro agora só Deus sabe, porque agora nós estamos na mão da Samarco. Eu saí com a roupa do corpo, perdi tudo. Casa, criação, eu tinha carro, tinha moto, tudo que você imaginar na vida eu perdi.

Freitas, Silva e Menezes também destacam que a população local e da microrregião foram afetados dos mais diferentes modos, simples ou combinados, para além da perda de parentes e amigos, lesão ou dano direto à saúde, perdas materiais e imateriais, dos quais destacam

[...] a) comprometimento dos serviços de provisão de alimentos e água potável; b) de regulação do clima (destruição de mais de mil hectares de cobertura vegetal) e dos ciclos das águas (contribuindo para enchentes nos períodos chuvosos), contribuindo para alteração nos ciclos de vetores e de hospedeiros de doenças (dengue, chikungunya e zika, além de outras doenças como esquistossomose, doenças de Chagas, leishmaniose, que podem surgir meses após o período inicial do Desastre); c) animais peçonhentos, que também tiveram seus habitats completamente alterados ou destruídos; d) doenças respiratórias e contaminação dos organismos com a transformação da lama de rejeitos em grande fonte de poeiras e material particulado (contendo óxido de ferro, sílica e matéria orgânica, além da hipótese de outros metais como alumínio e manganês) inalado pelas pessoas; e) impactos psicossociais e na saúde mental, resultantes do comprometimento das heranças culturais e da perda da sensação de lugar, bem como a sensação de insegurança e medo da violência para os que foram deslocados para abrigos ou casas temporárias, contribuindo para futuras doenças crônicas, como as cardiovasculares. Não menos grave foram também os impactos sobre os índios Krenak, que tiveram seus modos de vida, cultura e religião afetados pelo Desastre³⁵.

33 FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O Desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de Desastres. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v.68, n.3, p.25-30. 2016. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04.jul. 2017.

34 SILVA, Gessica; BOAVA, Diego; MACEDO, Fernanda. Refugiados De Bento Rodrigues: Estudo Fenomenológico Sobre O Desastre De Mariana, Mg. In: *Anais...* 2016. Disponível em: <<https://anaiscbeo.emnuvens.com.br/cbeo/article/viewFile/205/197>>. Acesso em: 04.jul. 2017.

35 FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O Desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de Desastres. *Cienc. Cult.*, São Paulo, v.68, n.3, p.25-30. 2016. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04.jul. 2017.

Os autores ainda trazem mais dados que surpreendem, dizem que no trecho compreendido entre a barragem e a foz do rio do Carmo (77 km), a lama extravasou o leito do rio causando a destruição de edificações, algo em torno de 389 unidades habitacionais destruídas, 2 instalações públicas de saúde e 6 de ensino, principalmente em Mariana, além de pontes, vias e equipamentos urbanos, abaixo imagens de Bento Rodrigues, antes e depois.

Figura 2 – Bento Rodrigues antes do Desastre



Figura 3 – Bento Rodrigues após o Desastre



Fonte: Imagens de satélite divulgadas pela Digital Globe mostram a comunidade antes e depois da tragédia. As fotos foram registradas em 21 de julho e em 10 de novembro pelo satélite WorldView 2³⁶.

Mas não foi somente a população que foi afetada, os rejeitos de mineração que desceram devido ao rompimento da barragem, atingiram o meio ambiente através da ocupação do leito do curso d'água e de suas margens, impactando negativamente a biodiversidade, além de terem comprometido a vida de pequenos

³⁶ Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2015/11/12/interna_gerais,707158/imagens-de-satelite-mostram-bento-rodrigues-antes-e-depois-de-tragedia.shtml>. Acesso em: 04 jul. 2017

agricultores e pescadores ao longo do rio Doce, pois provocou a mortandade de peixes em escala nunca antes vista naquela região. Segundo explicam Jacobi e Cibim³⁷, a biodiversidade do rio Doce, com cerca de 80 espécies diversas, foi gravemente afetada. Muitos rios e riachos, por onde a onda de lama passou, foram totalmente soterrados ou severamente assoreados, comprometendo todo o ecossistema.

Lopes³⁸ além disso destaca que o Desastre trouxe prejuízos ao patrimônio cultural da região e também brasileiro:

[...] Bento Rodrigues, embora vilarejo, era um distrito que possuía uma história majestosa e digna de orgulho entre os seus concidadãos. Com 317 anos de existência, abrigava igrejas centenárias com obras sacras importantes e monumentos de notória relevância cultural, além de fazer parte da rota da Estrada Real no século XVII. Além das perdas de vidas humanas, cujos valores são incalculáveis, em apenas onze minutos de avalanche todo patrimônio histórico e cultural, construído ao longo de séculos, fora dizimado pelo mar de rejeitos.

Um ano após a “Tragédia de Mariana” os moradores de Bento Rodrigues elegeram o local onde a mineradora Samarco irá edificar a “Nova Bento Rodrigues”, o local bem como o projeto da cidade foi escolhido através de reuniões entre a comunidade que vivia na antiga Bento e os representantes da Samarco, segundo a empresa registrou, todas as 700 famílias foram ouvidas durante este período de escolha, almeja-se entregar a Nova Bento em 2019, mas as famílias já poderiam começar a ocupar as moradias em meados de 2018, segundo dados passados pela empresa em relatório divulgado em 2016³⁹. Porém isto ainda não aconteceu, pois apenas em meados de 2018, mas precisamente em Julho de 2018, é que a licença ambiental foi liberada para realização das obras.

No caso de Mariana devido ao grande impacto causado e a todo o clamor da sociedade, os responsáveis estão agindo para minimizar os impactos e devolver o mínimo que foi perdido aos moradores de Bento Rodrigues, recolocando-os em uma nova cidade o mais parecido possível com a antiga, o que possibilita a reconstrução da cultura, vínculos sociais e a economia que existia na antiga comunidade que foi destruída e obrigou o deslocamento forçado da população.

Outra população que perdeu praticamente tudo que tinha, mas não teve a mesma “sorte” dos moradores de Bento Rodrigues foi a população do Haiti. O país sofreu e sofre até hoje com os impactos multidimensionais causados pelo terremoto de 2010 que o afetou e provocou a imigração em massa dos nacionais daquele país, principalmente para o Brasil.

Conforme explicam Souza e Bortolotto⁴⁰, no Brasil, em um primeiro momento a porta de entrada da maioria desses deslocados haitianos era a cidade de Brasiléia no estado do Acre, por este motivo a população daquela cidade teve sua rotina alterada, pois os nacionais do Haiti chegavam sem ter onde ficar, sem falar o idioma, sem emprego e muitas vezes sem dinheiro. A situação precária desses deslocados fez o município instalar um abrigo que suportava até 200 pessoas, porém o local chegou a acolher de uma só vez cerca de 800 haitianos, que dependiam de comida, água, cuidados médicos e outros serviços básicos que o município se viu obrigado a fornecer, ajudado por voluntários da própria cidade.

37 ACOBI, Pedro Roberto; CIBIM, Juliana. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DAS CONSEQUÊNCIAS AMPLIADAS DE UM DESASTRE. *Ambient. soc.*, São Paulo, v.18, n.4, Dec.2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1414-753X2015000400001&lng=en&nrm=iso>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

38 LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. *Sinapse Múltipla*, v. 5, n. 1, p. 1, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/yuryq/Downloads/11377-44451-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

39 SAMARCO. Reconstrução de Bento Rodrigues avança com definição de terreno para novo distrito; ações de recuperação também apresentam resultados. Disponível em: <<http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/06-05-2016-Reconstrucao-de-Bento-Rodrigues-avanca-com-definicao-de-terreno-para-novo-distrito-acoes-de-recuperacao-tambem-apresentam-resultados-1.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

40 DE SOUZA, Andréia Brito; BORTOLOTTI, Claudimara Cassoli. Transformações Urbanas e Imigração Haitiana: Impactos do Novo Fluxo de Imigração no Brasil. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16_ABS.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

Mas não foi só em Brasília que as mudanças ocorreram, por todo o Brasil é possível verificar cidades que tiveram de se adaptar com a chegada da população haitiana. A cidade de São Paulo, por exemplo, acostumada desde muito tempo a receber os Deslocados Internos do nordeste brasileiro, também teve um de seus bairros acrescido de novos restaurantes, lojas e serviços voltados para os haitianos. É no bairro da Liberdade que fica localizado Centro de Acolhida para Imigrantes, lá são oferecidas além de orientação jurídica para solicitação de vistos, aulas de português e apoio psicológico, aos estrangeiros de qualquer nacionalidade em sua maioria Haitianos e agora passou a receber também Sírios⁴¹.

Antes de dar continuidade, é preciso lembrar que conforme foi dito nos parágrafos anteriores, os haitianos não vieram “gratuitamente”, seu deslocamento iniciou no ano de 2010, naquele ano o Haiti foi atingido por um enorme terremoto que agravou as condições de vida da população naquele país⁴², por outro lado, o Brasil vivia uma situação econômica favorável no cenário mundial e era visto como uma possibilidade de recomeço para esses deslocados, que vinham e vêm fugindo das consequências do Desastre e com objetivo de conseguir trabalho para se manter e enviar remessas para manutenção dos familiares que ficam no Haiti⁴³. Atualmente, segundo dados do Governo brasileiro, existem em torno de 44 mil haitianos com vistos permanentes concedidos⁴⁴ e mais um número de aproximadamente 15 mil que vivem de forma irregular no Brasil.

[...] quanto ao grau de escolaridade, conforme registros no Ministério do Trabalho e Emprego (2011), a maioria dos Migrantes haitianos para o Brasil são homens, com idade entre 20 e 30 anos e possuem escolaridade de ensino médio e/ou fundamental incompletos. No entanto, há registros da vinda de advogados, engenheiros e enfermeiros, que, apesar de serem profissionais com formação de nível superior, buscam oportunidades de trabalho mesmo que em outro setor da economia, tais como a indústria e a construção civil. Muitos deles falam de 3 a 4 idiomas (francês, espanhol, inglês e crioulo, língua nativa do Haiti) o que tem impressionado aos empregadores, além da determinação para o trabalho que eles têm demonstrado desde a sua chegada⁴⁵.

Com os Haitianos, o grande problema encontrado é que nem sempre recebem os mesmos salários que os brasileiros na mesma função laborativa, outra vez, não são devidamente registrados por seus empregadores, que dessa forma suprimem direitos como pagamento de FGTS, INSS e outros impostos devidos ao fisco. Destaca-se também as condições muitas das vezes insalubres às quais estes Migrantes acabam se submetendo para morar e trabalhar, e que por sua vez fomentam ou potencializam o aparecimento de doenças que lhes são associadas, como a Chikungunya⁴⁶.

Em um aspecto mais geral os Deslocados Ambientais são pessoas que levam na “bagagem” uma cultura própria, hábitos, costumes, religiões e crenças com as quais nem sempre a localidade receptora está familiarizada, além das barreiras de acomodação naturais como o idioma e preconceitos raciais quando essas pessoas deslocadas são provenientes de países com idioma diferente do local receptor e de raça ou cor diferente, como acontece com os Haitianos.

41 BRANDINO, Géssica. Caminhos do Refúgio. Disponível em: <<http://caminhosdorefugio.com.br/tag/crai/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

42 DE SOUZA, Andréia Brito; BORTOLOTTI, Claudimara Cassoli. Transformações Urbanas e Imigração Haitiana: Impactos do Novo Fluxo de Imigração no Brasil1. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16_ABS.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

43 BERNARTT, Maria de Lourdes; PEZARICO, Giovana; PIOVEZANA, Leonel; BORDIGNON, Sandra de Ávila Farias; GIACOMINI, Taize. Diáspora haitiana: primeiros estudos sobre impactos para o desenvolvimento urbano e regional nas regiões sul e norte do Brasil. Cadernos CERU, v. 26, n. 1, p. 101-125, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ceru/article/download/111168/109470>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

44 BRASIL. Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

45 ZENI, Kaline; FILIPPIM, Eliane Salete. Migração haitiana para o Brasil: acolhimento e políticas públicas. Revista Pretexto, v. 15, n. 2, p. 11-27, 2014.

46 RODRIGUES, Viviane Mozine. Migração haitiana para o Brasil: problemática e perspectivas. Disponível em: <<http://oaji.net/articles/2016/2898-1473446795.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

Já caminhando para o final do trabalho, talvez o exemplo em que mais se poderá notar as consequências dos Desastres Ambientais na questão cultural, social e na essência de um povo é no dos países que tem seu território formado por ilhas como Tuvalu.

Figura 4 – BBC – Ilhas de Tuvalu e Fiji



Fonte: BBC. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/676890.stm>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Tuvalu só tem 10.544 habitantes, sua área é de 26 quilômetros quadrados, é o segundo menor país em população do mundo, perdendo apenas para o Vaticano, até 2009 pertencia a Inglaterra, mas hoje é independente e surpreendeu com seu desempenho na Conferência do Clima de Copenhague⁴⁷.

[...] era um anão com voz de tenor, ameaçando bloquear negociações se Estados Unidos, Europa e países em desenvolvimento não se comprometessem com medidas que limitassem o aumento da temperatura global em 2 graus Celsius - mais do que isso seria uma sentença de morte às nações insulares, engolidas por oceanos reforçados com o derretimento de geleiras⁴⁸.

Em Tuvalu a maioria da população trabalha para o Governo, o restante ou não exerce função remunerada, recebendo ajuda de parentes que moram em outros países, ou vivem da pesca. Porém, a situação dos habitantes se agrava cada dia mais, primeiro sofriam pelos Ciclones que atingiam as ilhas, mais recentemente pelas secas, já que nas ilhas não há fonte de água potável e é necessário guardar a água da chuva. E agora a subida do nível do mar, é o que leva várias famílias a deixar sua moradia e se deslocar para outros países, como Austrália e Nova Zelândia, mas Tuvalu não possui acordo de migração com eles o que também dificulta a mudança da população sem dinheiro para recomeçar em uma nova localidade⁴⁹.

[...] Diretora do Programa de Refugiados Internacionais e de Leis de Imigração da Universidade de New South Wales, na Austrália, Jane McAdam conhece de perto a realidade de Tuvalu. Para ela, o país deveria investir em diversos fronts a fim de garantir uma existência sustentável. Primeiro, muitos habitantes não querem deixar suas casas, então prover fundos para adaptação para as mudanças climáticas continua sendo muito importante - destacou. - Segundo, várias

47 BBC. Tuvalu country profile. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-16340072>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

48 GRANDELLE, Renato. Tuvalu, um país com os dias contados. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tuvalu-um-pais-com-os-dias-contados-3292908>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

49 MADALENO, Isabel Maria. O povo que mede forças com a morte: os ilhéus de Tuvalu, no Pacífico Sul, e a subida das águas do mar. Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. hum., Belém, v.7, n.2, p.493-508, Ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222012000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 05 jul. 2017.

ilhas do Pacífico têm acordos de migração com países como Austrália e Nova Zelândia, o que permitiria que um maior número de pessoas migrasse ao longo do tempo. Isso aliviaria a pressão criada pela superlotação, desemprego e recursos limitados. Assim, aqueles que querem ficar nas ilhas o fariam por mais tempo.

Os tuvaluanos entrevistados por Jane para suas pesquisas rejeitam o rótulo de "Refugiados do clima":- Eles não querem ser vistos como vítimas desamparadas, mas como membros valorosos de uma comunidade. São imigrantes com dignidade.

Segundo ela, a legislação internacional para Refugiados ou para apátridas não se aplica facilmente em um contexto como Tuvalu. Não há, então, "uma solução pronta para este problema". O país segue em busca de respostas - com a população de garganta seca e encurralada pelo oceano crescente⁵⁰.

O povo de Tuvalu não quer ser enxergado como Deslocados Climáticos, quer, sim, soluções, participação e empatia de outras nações para com o problema pelo qual são atingidos, quer a mudança na concepção de que é necessário cuidar das consequências e não das causas do problema⁵¹. Essa também é a concepção da grande parte dos Deslocados Ambientais, principalmente quando as causas dos Desastres vêm da ação humana.

Enquanto que os cidadãos de Tuvalu não sabem ao certo para onde irão quando tiverem suas "vidas" tomadas pela água, os habitantes da República do Kiribati, país pertencente a Micronésia e à Polinésia, com área de 811 quilômetros quadrados, já possuem lugar certo, em 2014 foi concluída a negociação que começou em 2012⁵². Foram adquiridos 20 quilômetros quadrados de floresta nas Ilhas Fiji, para o caso de ser necessário evacuar os aproximadamente 103 mil moradores do Kiribati. O terreno pertencia a Igreja Anglicana que o vendeu por US\$ 8,8 milhões⁵³.

[...] a situação é urgente para Kiribati. O nível do mar ao redor de seus 32 atóis sobe uma média de 1,2 centímetros por ano - 4 vezes mais rápido do que a média mundial. De acordo com Tong, moradores de alguns vilarejos já começaram a migrar e a água do mar contaminou parte dos lençóis freáticos das ilhas. A maré que sobe salga as terras cultiváveis do país, dificultando a produção de alimentos. Destroí casas e lojas. O aquecimento global também matou os corais próximos às ilhas. Ao morrer, eles deixaram o ecossistema mais pobre. Os peixes foram desaparecendo. A situação é tão ruim que alguns cidadãos de Kiribati já fizeram pedido de asilo na Nova Zelândia⁵⁴.

Porém, se for necessário a aquisição de novas terras para todos os futuros Deslocados Ambientais, possivelmente vai faltar território e também dinheiro para aquisição dessas novas áreas, principalmente se for considerado o fato de que quanto mais há procura, maior será o preço a ser solicitado. Igualmente importante considerar que os países mais atingidos geralmente já possuem uma condição financeira aquém da maioria e podem não ter subsídios suficientes para aquisição dessas novas áreas e para a construção da estrutura necessária para receber os seus nacionais.

50 GRANDELLE, Renato. Tuvalu, um país com os dias contados. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tuvalu-um-pais-com-os-dias-contados-3292908>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

51 FARBOTKO, Carol; LAZRUS, Heather. The first climate refugees? Contesting global narratives of climate change in Tuvalu. *Global Environmental Change*, v. 22, n. 2, p. 382-390, 2012. Disponível em: <<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=8119&context=scipa pers>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

52 GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antonia Sofia. A proteção internacional aos refugiados ambientais a partir do caso kiribati. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 12, n. 24, p. 207-226, 2016.

53 ÉPOCA. Um país inteiro se prepara para migrar antes de ser engolido pelo oceano. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/07/um-bpaisb-inteiro-se-prepara-para-migrar-antes-de-ser-engolido-pelo-oceano.html>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

54 ÉPOCA. Um país inteiro se prepara para migrar antes de ser engolido pelo oceano. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/07/um-bpaisb-inteiro-se-prepara-para-migrar-antes-de-ser-engolido-pelo-oceano.html>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Por fim, ainda que existam recursos e áreas passíveis de aquisição, como fica a Soberania do país que se “mudou” para dentro do território do outro? Funcionaria no mesmo sistema da embaixadas e consulados? Essas questões poderiam ser disciplinadas por legislação própria ou por acordos bilaterais entre os países negociantes, possibilitando a estipulação de normas que atendam não só a legislação, mas também as diferenças culturais que virão a ser enfrentadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com os estudos e exemplos acima apresentados, é possível ter um panorama dos vários problemas causados pelos deslocados ambientais e, principalmente, no que tange à questão social dessas pessoas. Ou seja, em um aspecto mais geral da dimensão social, os Deslocados Ambientais são pessoas que mesmo dentro de seu próprio país levam na “bagagem” uma cultura própria, hábitos, costumes, religiões e crenças com as quais nem sempre a localidade receptora está familiarizada, além das barreiras de acomodação naturais como o idioma e preconceitos raciais.

Porém, por ser o Deslocado Ambiental o “alienígena”, ele é quem deve adequar ao novo ambiente social e a cultura e costumes ali praticados, claro que não se pode obrigar o abandono das origens do Deslocado, mas ele deve entender que esse novo ambiente demanda a adaptação dele com os habitantes tradicionais e desses para com ele.

No que tange aos efeitos econômicos, qual seria a relação entre a migração de Deslocados Ambientais como os haitianos para o Brasil e o desenvolvimento? Antes, é preciso considerar alguns aspectos relacionados a situação econômica atual. É de conhecimento público que o Brasil vive uma situação econômica desfavorável até mesmo para seus nacionais, e que foi causada pela utilização de políticas econômicas equivocadas, sem falar na corrupção que, nos últimos anos, ocorreu de forma maciça em vários setores do Estado.

Pois bem, feitas essas considerações é preciso verificar também que a Sustentabilidade deve ser operada através de uma governança Global, apesar dos aspectos particulares de cada país, seja ele de origem ou de recepção dos Deslocados. Os haitianos, por exemplo, em sua maioria enviam remessas de dinheiro para o Haiti com a finalidade de sustentar seus familiares que lá ficaram, estas remessas, se utilizadas de forma correta, auxiliam na reconstrução daquele país, o que, no futuro, poderá possibilitar o retorno do hoje Deslocado Ambiental residente no Brasil ao Haiti.

Assim, essas remessas constituem um importante mecanismo de desenvolvimento econômico em longo prazo, aumentando a renda daquelas pessoas que a recebem no Haiti e reduzindo a pobreza, a fome e outros aspectos diretamente ligados à dimensão social. No mesmo norte, a permanência dos Haitianos no mercado de trabalho brasileiro faz preencher vagas que foram dispensadas por brasileiros, assim como aconteceu em outros países mais economicamente desenvolvidos.

Por outro lado, em uma visão ampliada e geral, para quem permanece na localidade de origem, os fatores ambientais e a consequente perda da população e da força laboral, geram dificuldades para reerguer a economia local. Pois é fato que a migração seleciona o mais forte, portanto, geralmente nas localidades afetadas por Desastres Ambientais, quem permanece são idosos, mulheres e seus filhos, enquanto os homens vão em busca de trabalho e melhores condições em outra localidade.

Em relação aos aspectos da Dimensão Ambiental, é possível notar um aumento nos resíduos sólidos gerados pelos Deslocados Ambientais, além disso, para se estabelecer nas novas localidades em alguns casos são depredadas áreas com vegetação, beiras de igarapés ou rios, morros, o que a bem da verdade já ocorre no Brasil faz algum tempo, sem que a classe política e gestora tome providências satisfatórias. Sendo assim, não há como evitar que o meio ambiente ecológico seja afetado pelos fluxos migratórios dos Deslocados Ambientais, o que se pode buscar é a minimização destes impactos através de mecanismos como a Avaliação de Impacto Ambiental.

Por fim, espera-se que, através dos exemplos e explicações acima, possam ser fomentadas novas pesquisas acerca dos impactos causados aos Deslocados Ambientais, o que se torna muito difícil sem haver o tratamento desses Migrantes de acordo com sua categoria específica de deslocamento, pois atualmente, conforme reiteradas vezes foi destacado, não há nenhum Estado que já reconheça juridicamente pessoas deslocadas por causas ambientais, estas são geralmente encaixadas no conceito de refugiado ou de “meros” imigrantes, recebendo garantias diversas daquelas que realmente deveriam.

REFERÊNCIAS

ACOBI, Pedro Roberto; CIBIM, Juliana. A NECESSÁRIA COMPREENSÃO DAS CONSEQUÊNCIAS AMPLIADAS DE UM DESASTRE. *Ambient. soc.*, São Paulo, v.18, n.4, Dec. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1414-753X2015000400001&lng=en&nrm=iso>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

AGUADO, Itziar; ECHEBARRIA, Carmen; BARRUTIA, José M.. *El desarrollo sostenible a lo largo de la historia del pensamiento económico*. *Revista del Economía Mundial*, Huelva, n. 21, p. 87-110, 2009. p.102.

BATES, Diane C. **Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change**, p. 469. Disponível em: <<http://greencurriculumsc.files.wordpress.com/2012/04/environmental-refugees1.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2017. Tradução livre do autor.

BBC. **Tuvalu country profile**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-pacific-16340072>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

BERNARTT, Maria de Lourdes; PEZARICO, Giovana; PIOVEZANA, Leonel; BORDIGNON, Sandra de Ávila Farias; GIACOMINI, Taíze. Diáspora haitiana: primeiros estudos sobre impactos para o desenvolvimento urbano e regional nas regiões sul e norte do Brasil. *Cadernos CERU*, v. 26, n. 1, p. 101-125, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ceru/article/download/111168/109470>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRANDINO, Géssica. **Caminhos do Refúgio**. Disponível em: <<http://caminhosdorefugio.com.br/tag/crai/>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BRASIL. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BROWN, Lester R. **Eco-economia: construindo uma economia para a terra**. Salvador: UMA, 2003.

BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estud. av.*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137-156, Aug. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CASTILHO, Maria Augusta; DE LIMA SUGUIMOTO, Djmes Yoshikazu. CHERNOBYL-A CATÁSTROFE. *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, v. 12, n. 2, p. 316-322, 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/yuryq/Downloads/1506-5166-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

DE SOUZA, Andréia Brito; BORTOLOTTI, Claudimara Cassoli. **Transformações Urbanas e Imigração Haitiana: Impactos do Novo Fluxo de Imigração no Brasil**. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/anais/arquivos/16_ABS.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

DISCOVERYCHANNEL. **O Desastre de Chernobyl**. (Vídeo) diretor Thomas Johnson. 2006. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bv4AoqZsfHs>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

DUPUY, Jean-Pierre. A catástrofe de Chernobyl vinte anos depois. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 59, p. 243-252, apr. 2007. ISSN 1806-9592. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10219>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

ÉPOCA. **Um país inteiro se prepara para migrar antes de ser engolido pelo oceano.** Disponível em: <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2014/07/um-bpaisb-inteiro-se-prepara-para-migrar-antes-de-ser-engolido-pelo-oceano.html>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

FALICOV, Celiza Jaes. Migración, perdida ambigua y rituales. **Perspectiva Sistémica.** Buenos Aires, n.69. 2011. Disponível em: <<http://www.redsistemica.com.ar/migracion2.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FARBOTKO, Carol; LAZRUS, Heather. The first climate refugees? Contesting global narratives of climate change in Tuvalu. **Global Environmental Change**, v. 22, n. 2, p. 382-390, 2012. Disponível em: <<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=8119&context=scipapers>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O Desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de Desastres. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v.68, n.3, p.25-30. 2016. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252016000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 jul. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; QUEIROZ, Yury Augusto dos Santos. **Impactos Multidimensionais Da Sustentabilidade Causados Pelos Deslocados Ambientais.** Aguardando publicação. GONZÁLEZ, Abel J. Chernobyl: ten years after: global experts clarify the facts about the 1986 accident and its effects. **IAEA BULLETIN**, v. 3, p. 2-13, 1996. Disponível em: <<https://www.iaea.org/sites/default/files/38302740213.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

GRANDELLE, Renato. **Tuvalu, um país com os dias contados.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/tuvalu-um-pais-com-os-dias-contados-3292908>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antonia Sofia. A Proteção Internacional Aos Refugiados Ambientais a Partir do Caso Kiribati. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 24, p. 207-226, 2016.

IPATYEV, Victor A.. **Healing the damage of Chernobyl: radiationcontaminated forests and their rehabilitation.** Unasylyva: FAO, 2007. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/004/y2795e/y2795e08.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2016. K., Natalie. Disponível em: <<https://br.pinterest.com/pin/134545107598582845/>>. Acesso em: 04 jul. 2017

LEFF, Henrique. **Discursos sustentáveis.** São Paulo: Cortez, 2010.

LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. **Sinapse Múltipla**, v. 5, n. 1, p. 1, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/yuryq/Downloads/11377-44451-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

MADALENO, Isabel Maria. Opovo quemede forças com a morte: os ilhéus de Tuvalu, no Pacífico Sul, e as subidades águas do mar. **Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. hum.**, Belém, v.7, n.2, p.493-508, Ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222012000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 05 jul. 2017.

MARA, Wil. **The Chernobyl disaster: legacy and impact on the future of nuclear energy** (Perspectives on). NY: Marshall Cavendish Corporation, 2011. p.77.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental.** Madrid: Trivium, 1992, II. v

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. De Chernobyl a Fukushima: os impactos dos danos ambientais nos direitos das crianças. **Estudos internacionais: revista de relações internacionais da PUC Minas**, v. 3, n. 2, p. 225-246, 2016.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. O mito do Desenvolvimento Sustentável: **meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da Sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. **Estud. av.** São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Aug. 2016.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. Protection of the environmentally displaced in the International regime of refugees. **REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 22, n. 43, p. 133-148, 2014. p.139.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PERDOMO, Rosa Pérez. Os efeitos da migração. **Ethos Gubernamental**, p. 111-124, 2006. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/1555-8746/2007/vn4/a111-123-2.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?. **Novos Estudos Jurídicos**. 2012. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34959/1/2012_Real_NEJ.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

REAL FERRER, Gabriel. *La Construcción Del Derecho Ambiental*. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 18, n. 3, p. 347-368, dez. 2013. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

RODRIGUES, Viviane Mozine. **Migração haitiana para o Brasil: problemática e perspectivas**. Disponível em: <<http://oaji.net/articles/2016/2898-1473446795.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

ROSA, Lisiane da; BUSATO, Maria Assunta. Transformações sociais e do meio ambiente vivenciadas por famílias atingidas pela hidrelétrica Foz do Chapecó. In: PIT DAL MAGRO, Márcia Luíza; RENK, Arlene; FRANCO, Gilza Maria de Souza. (orgs.). **Impactos socioambientais da implantação da hidrelétrica Foz do Chapecó**. Chapecó, Santa Catarina. Ed. Argos. 2015.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond. 2002.

SAMARCO. **Reconstrução de Bento Rodrigues avança com definição de terreno para novo distrito**; ações de recuperação também apresentam resultados. Disponível em: <<http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/06-05-2016-Reconstrucao-de-Bento-Rodrigues-avanca-com-definicao-de-terreno-para-novo-distrito-acoes-de-recuperacao-tambem-apresentam-resultados-1.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

SAQUET, M. A. **Por uma Geografia das territorialidades e das temporalidades: uma concepção multidimensional voltada para a cooperação e para o desenvolvimento territorial**. São Paulo: Outras Expressões, 2011.

SCHWARTZ, Julia A. International nuclear third party liability law: the Response to Chernobyl. In: NEA-OECD/ IAEA. **International Nuclear Law in the Post-Chernobyl Period**. Paris: OECD, 2006. ISBN 92-64-02293-7. Disponível em: <<https://www.oecd-nea.org/law/chernobyl/SCHWARTZ.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2016

SILVA, Gessica; BOAVA, Diego; MACEDO, Fernanda. Refugiados De Bento Rodrigues: Estudo Fenomenológico Sobre O Desastre De Mariana, Mg. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Estudos Organizacionais**. 2016. Disponível em: <<https://anaiscbeo.emnuvens.com.br/cbeo/article/viewFile/205/197>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

ZENI, Kaline; FILIPPIM, Eliane Salete. Migração haitiana para o Brasil: acolhimento e políticas públicas. **Revista Pretexto**, v. 15, n. 2, p. 11-27, 2014.

DIREITO AO SOSSEGO

RIGHT TO REST

Juliana Kairalla Garcia Viotti¹

Najla Pinterich Sahyoun²

Resumo: O direito ao sossego é um direito que qualquer pessoa tem de gozar de tranquilidade, silêncio e repouso necessários para manutenção de sua saúde, sem que haja perturbações sonoras abusivas. Consiste, portanto, em um direito da personalidade, que visa assegurar o direito à vida e à saúde. O presente trabalho tem como escopo analisar o tratamento dado a referido direito na esfera constitucional e os reflexos dessa proteção nas esferas cível e criminal, na legislação pátria e em alguns ordenamentos estrangeiros.

Abstract: *The right to rest is a right that any individual has to enjoy tranquility, silence and rest in order to maintain one's health, without any noise disturbances. It is a personality right that ensures the right to life and the right to health. This article shall analyze the constitutional treatment to the right to rest and the reflections of such protection in civil and criminal law, in national and foreign law.*

Keywords: *Right to Rest. Personality Right. Inviolability of Home.*

1 INTRODUÇÃO

O crescimento e desenvolvimento das civilizações e da população faz com que a pessoa física esteja rodeada, cada vez mais, de tecnologias, máquinas, aparelhos, ruídos e barulho, conforme demonstra Antônio Gallotti ao afirmar que “as condições modernas de vida apresentam, mesmo para os momentos naturalmente destinados ao sossego, uma série de conquistas técnicas e científicas que perturbam e comprometem o repouso humano”².

Entretanto, se o homem necessita dessas ferramentas para sobreviver e desenvolver as suas habilidades pessoais e profissionais, o direito ao sossego também merece ser resguardado, nos moldes do artigo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, isto é, a dignidade da pessoa humana.

Por esse motivo o presente trabalho, terá por objetivo, analisar o direito ao sossego, sob o prisma do direito da personalidade e responder aos seguintes questionamentos: quais os motivos que fizeram ele ser inserido nesta categoria? De que forma ele será classificado? Há a tutela pela legislação alienígena? Quais os requisitos indispensáveis à caracterização da violação? Como o direito é estabelecido pelo ordenamento?

Desta forma, imprescindível a análise da evolução da doutrina e jurisprudência acerca do assunto, juntamente com os diplomas legais brasileiros, a fim de elucidar a forma como esse direito é tutelado em nosso sistema, traçando-se, assim, um paralelo com a legislação estrangeira.

1 Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

2 Mestranda: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-Direito Civil Comparado sob a orientação da Profª Dra. Maria Helena Diniz-Agosto de 2017 até hoje. Pós Graduada: Escola Paulista da Magistratura-8º Curso de Pós Graduação "Lato Sensu"-Especialização em Direito Processual Civil (EPM)-Agosto de 2016 a Março 2018. Assistente voluntária da Professora Dra. Maria Helena Diniz na disciplina Direito Civil, junto a Pontifícia Universidade Católica De São Paulo-PUC-SP - 2012 até hoje.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO AO SOSSEGO

A palavra personalidade advém “do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa) quer, propriamente, significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa³”. Os direitos da personalidade, portanto, são entendidos como aqueles “comuns da existência, porque simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu”⁴.

A palavra sossego, por sua vez, advém de sossegar.

“Na terminologia jurídica, entende-se o direito que é a todos assegurado, nas suas horas de descanso ou de recuperação às fadigas do trabalho de não ser perturbado ou molestado em sua tranquilidade (...) O direito ao sossego, assim, estabelece restrição ao direito de outrem de produzir perturbações à tranquilidade alheia”⁵.

O direito ao sossego está inserido no rol dos direitos da personalidade, sendo um direito assegurado a todos, nas suas horas de descanso de não ser perturbado ou molestado. É, assim, uma restrição ao direito de outrem de produzir perturbações à tranquilidade alheia

O direito ao sossego pode ser visto como um dos direitos à integridade física, mas também como um dos direitos à integridade moral, estritamente ligados aos direitos à intimidade e imagem⁶

Portanto é possível afirmar que toda pessoa tem direito ao sossego. É direito absoluto, extrapatrimonial e indisponível. Assim, a sua violação pode acarretar responsabilidade jurídica, nas esferas cível, criminal, passando pelas áreas ambiental e administrativa.

3 PROTEÇÃO DO DIREITO AO SOSSEGO NAS DIVERSAS ESFERAS DO DIREITO

O direito ao sossego, ao ser inserido como direito da personalidade, está protegido pela Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º. Esse rol de direitos não é taxativo, admitindo-se uma ampla interpretação de sua proteção quando houver violação, real ou potencial, de direitos do físico e espiritual de cada homem em concreto⁷.

A legislação infraconstitucional também tutela o direito ao sossego em suas diversas formas de manifestação.

Este trabalho citará apenas algumas hipóteses.

3 GALLOTTI, Antonio. O Sossego e o art. 554 do Código Civil. Revista Forense. v. 103. n. 505 p. 557-559 jul/1945 p. 557

4 DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito. 21ª ed. ver. e atual., São Paulo. ed. Saraiva, 2010, p. 519

5 SILVA, De Plácido e. *op cit*, p. 270

6 LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao Sossego. Cadernos de Direito Civil e Constitucional, Caderno nº 2, Juruá Editora, Curitiba, 2001. p 118

7 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *op cit*. p 117

3.1 DIREITO DE VIZINHANÇA

A legislação constitucional pátria (art. 5º, XXII, CF) prevê que toda pessoa (física ou jurídica) tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer as modalidades de aquisição, perda, uso e limites⁸.

Os direitos de vizinhança são uma limitação ao domínio, imposta pelo legislador com a finalidade de harmonizar os interesses dos vizinhos⁹. A vida em sociedade impõe um certo número de encargos, entre os quais se inclui o de tolerar alguns incômodos.

O código civil anterior já se restringia o uso nocivo da propriedade em detrimento do bem-estar, sossego, saúde e segurança da coletividade. O Código Civil atual também abarcou esse princípio ao estabelecer em seu art. 1.227: “o proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha”.

A propriedade vizinha não é simplesmente aquela imediatamente confinante. Quando se trata de mau uso da propriedade, especialmente em decorrência de barulho anormal, o conceito é mais amplo. Basta que o ruído chegue até o indivíduo de maneira exagerada, ainda que emitido de certa distância.

Nos conflitos de vizinhança o que interessa é a nocividade e não a ilicitude do ato praticado¹⁰. Atualmente o barulho está constantemente presente, perturbando o sossego. A restrição imposta pelo art. 1.227 visa prevenir o incomodo agressivo, inoportuno, insistente. Caberá ao julgador decidir entre o uso regular e irregular, considerando que a sensibilidade e suportabilidade difere entre os indivíduos.

3.2 DIREITO À PRIVACIDADE E INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

O direito à intimidade ou à privacidade, tomada em um sentido amplo, visa proteger um conjunto de informações relativas do indivíduo que ele decide manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar a quem, como e onde desejar.¹¹

O direito à privacidade (*right of privacy* do direito anglo-americano) é tido como o “direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*; o direito de toda a pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada”.

O ordenamento jurídico protege o direito fundamental a “um lugar em que só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que será respeitada como sagrada manifestação da pessoa”¹².

Segundo Alexandre de Moraes, o preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio advém das tradições inglesas e cita o discurso de Lord Chantam no Parlamento Britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar”¹³.

A Constituição também reconhece que a casa é o asilo inviolável do indivíduo (art.5º, XI), protegendo,

8 MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas 1997. p. 172

9 RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. v.5. Direito das Coisas. 25 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999 p. 119

10 FRAGOSO, Rui Celso Reali. Direito ao Sossego. Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo. São Paulo 1986. p 233

11 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed. rev e atual. São Paulo: Ed Malheiros, 1998, p. 209

12 Ibid. p. 210

13 MORAES, Alexandre de. op cit. p. 142

assim, um direito a um lugar em que gozará de uma esfera íntima, sozinho ou com quem desejar. “A pessoa, no interior de sua residência, está no local onde, por excelência, gozará do direito ao repouso e à tranquilidade, usufruindo de paz de espírito”¹⁴.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 150, prevê o crime de violação de domicílio, punindo aquele que contra a vontade de quem de direito, entrar ou permanecer em casa alheia ou em suas dependências. O conceito de domicílio refere-se à residência, ou ainda a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, podendo abranger também quintal e terraço¹⁵. Ainda que o ingresso tenha sido autorizado, são reservados cômodos ou locais fechados (armários, móveis, quartos).

O sentido que o direito constitucional dá ao termo domicílio tem uma amplitude ainda maior que no direito privado, pois “considera-se domicílio, todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente”¹⁶.

Há casos julgados por tribunais alemães em que a vigilância de um portão de entrada comum de dois vizinhos através de câmera de vídeo instalada apenas por um deles, representa ofensa ao direito da personalidade daquele que não anuiu, podendo exigir a retirada do aparelho¹⁷.

A inviolabilidade do domicílio visa garantir diversos direitos da personalidade, incluindo, liberdade individual, segurança, intimidade e sossego.

3.3 DIREITO AMBIENTAL

O direito ambiental tem por objetivo a garantia do equilíbrio do meio ambiente, para que estejam presentes condições que assegurem uma qualidade de vida mínima necessária à existência digna da pessoa humana.

O direito ao sossego, no âmbito do direito ambiental, tutela a qualidade de vida do indivíduo, caracterizada pelo conforto mínimo necessário à existência humana. As normas de direito ambiental visam evitar lesões ao direito ao sossego, coibindo a ocorrência e proliferação de agentes nocivos a preservação e manutenção de padrões necessários à uma sadia qualidade de vida¹⁸.

A ciência médica já constatou os efeitos prejudiciais dos ruídos persistentes, estridentes e incômodos, responsáveis em boa parte pelos distúrbios nervosos dos cidadãos¹⁹. Desse modo, reflete-se uma preocupação no âmbito jurídico, visando o bem estar da sociedade, a fixação de condições exigíveis para a avaliação da aceitabilidade do ruído em comunidades, independentemente da existência de reclamações.

Nesse sentido vale destacar o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – Silêncio do CONAMA²⁰ e o Programa de Silêncio Urbano – PSIU, criado pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do município de São Paulo²¹.

É dever do Poder Público amenizar tanto quanto possível a propagação de ruídos incômodos aos indivíduos. O direito ao sossego tem como destinatário a coletividade como um todo.

14 LOUREIRO, Francisco Eduardo. op. cit. p 127

15 RT 544/385, RT 467/385

16 MORAES, Alexandre de. op cit. p. 142

17 LOUREIRO, Francisco Eduardo. op cit. p 120

18 SILVA, Vinícius Camargo. *Direito ao sossego*. Mestrado em Direito apresentado na PUCSP em 2001, p. 69

19 JORGE, Mario Helton. *Direito ao Sossego*. in Paraná Judiciário. Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Paraná. v 1. Juruá Editora, Curitiba, 1982, p. 145.

20 Resolução n. 2 do CONAMA de 08.03.1990

21 Lei n.º 11.501/95

4 DIREITO AO SOSSEGO NO DIREITO ESTRANGEIRO

No direito alienígena também se verifica a tutela do direito ao sossego nas diversas esferas, conforme demonstraremos, a seguir.

Via de regra, o resguardo do direito ao sossego ocorre de forma genérica, em face da proteção à dignidade da pessoa humana e da sadia qualidade de vida, sendo que a sua violação estará configurada perante o ato ilícito, da mesma forma, como ocorre em nosso ordenamento, nos moldes do artigo 927, do Código Civil; pela tutela ao direito de propriedade ou em face do direito de vizinhança, conforme legislação civil e extravagante.

A legislação espanhola assemelha-se à brasileira, ao tutelar, constitucionalmente, o direito ao sossego de forma genérica e indireta, com base nos direitos da dignidade da pessoa humana e da sadia qualidade de vida, nos artigos 10; 15 e 45, n. 2, assim como no amparo ao direito de propriedade, vedando-se o mau uso ou imoderado da propriedade (art. 590) e as formas cíveis de reparação (art. 1908).

A codificação castelhana, também, pune penalmente à violação ao direito ao sossego ao dispor que

“será castigado com penas de prisão de seis meses a quatro anos, multa de oito a vinte e quatro meses e inabilitação especial para profissão ou ofício pelo tempo de um a três anos aquele que, contrariando as leis ou outras disposições de caráter geral protetoras do meio ambiente, provoque ou realize direta ou indiretamente (...), ruídos, vibrações (...), que possam prejudicar gravemente o equilíbrio dos sistemas naturais. Se o risco de grave prejuízo for para a saúde das pessoas, a pena de prisão incidirá em sua metade superior”.

Há, ainda, um Regimento Geral de Circulação, equivalente as nossas normas administrativas, proibindo “a emissão de perturbações eletromagnéticas, ruídos, gases e outros contaminantes que possam vir a ser lançados nas vias de circulação por veículos automotores²²”.

No mesmo sentido, a legislação italiana que protege de forma genérica e indireta a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente saudável, com base no critério da normalidade (art. 844).

Todavia, denota-se que essa proteção é insuficiente e precária ante o momento em que o Código Civil foi editado, optando pelo desenvolvimento do país ao invés da concessão de maiores garantias aos direitos fundamentais. A valorização do desenvolvimento industrial, no país, resultou em uma anti-nomia, pois, o mesmo diploma legal garante a proteção aos direitos da personalidade, da mesma forma como, permite a violação do direito ao sossego, como um encargo ao processo de industrialização.

Por outro lado, Cuba, por ser um país socialista, garante de forma ampla e irrestrita e preservação dos direitos da personalidade. Isso se observa a partir da leitura do preâmbulo da Constituição ao prever o “culto dos cubanos à dignidade plena do homem”.

Como se a garantia plena aos homens não fosse suficiente para resguardar o direito ao sossego, o ordenamento prevê que o uso da propriedade; o direito à habitação e as limitações ao direito de vizinhança (artigo 170, números 1 e 2) só serão assegurados quando não ameacem ou coloquem em risco o direito alheio, sob pena de responsabilização de natureza jurídica subjetiva.

Por fim, o direito português, que também se assemelha à legislação interna, uma vez que, “exala de forma unívoca das lições doutrinárias, absorvidas integralmente pela jurisprudência portuguesa, que também considera e consagra o direito ao sossego como direito da personalidade” ao tutelar a integridade física e moral das pessoas, nos moldes dos artigos 64, 65 e 66 da Constituição, abrangendo, desta forma, o direito à vida e ao sossego, bem como os direitos à propriedade, englobando, neste conceito, tanto o proprietário quanto o possuidor, conforme se observa na jurisprudência que define:

22 SILVA, Vinicius Camargo. op cit, p. 189.

“Os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários. Por sua natureza, opõem-se erga omnes, implicando o dever geral de abstenção...condenando-se os réus a suspender imediatamente a utilização do estábulo e a fazer cessar toda e qualquer emissão de cheiros que do mesmo modo possam emanar e sejam lesivos para a saúde e comodidade dos autores, bem como indenizar estes dos prejuízos que lhes tenham causado e dos que venham a causar, até a cessação efetiva de tal utilização”²³”

E garantindo, sempre, meios administrativos e judiciais de reparação dos danos morais e patrimoniais.

5 REQUISITOS PARA A VERIFICAÇÃO DA VIOLAÇÃO AO DIREITO AO SOSSEGO.

O direito ao sossego, quando integrado ao rol dos direitos da personalidade, assimila as qualidades do instituto, entre elas, a característica de ser um direito absoluto, o que significa dizer que eles “*são opo-níveis erga omnes, por conterem, em si um dever geral de abstenção*”²⁴.

Mas, ao analisar o direito ao sossego perante a sociedade moderna e as evoluções tecnológicas e industriais, bem como ao direito de propriedade, será impossível defender a ideia de direito ao sossego absoluto, pois, do lado oposto encontrar-se-á o direito ao desenvolvimento das cidades; o interesse e a sua supremacia e a proteção ao bem público, que, também, carecedores de proteção.

Desta forma, quando falamos em tutela do direito ao sossego, visto como direito que conflita com os demais, pelos fundamentos apresentados, será de suma importância averiguar, no caso em concreto, as peculiaridades da ameaça ou perturbação ao sossego, pois,

“ninguém pode pretender, sob a invocação do direito ao descanso, que tudo em derredor se imobilize e se cale. O que a lei confere...*é poder impedir que os outros o incomodem em excesso, com ruídos intoleráveis, que perturbem o sossego do lar, do escritório, da escola, do hospital, na medida da quietude exigida para cada um destes ambientes*”²⁵

Para isso, segundo ensinamentos de Maria Helena Diniz, será necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

“a) o grau de tolerabilidade, pois se o incômodo for tolerável o juiz despreza a reclamação da vítima, já que a convivência social, por si só, cria a necessidade de cada um sofrer um pouco; b) a invocação dos usos e costumes locais, afinal não se pode exigir o silêncio da vida campestre em uma megalópole como São Paulo, pois, nesse caso, há uma perda do sossego em detrimento dos benefícios dos grandes centros; c) a natureza do incômodo ao sossego; e, d) a pré-ocupação, mas a anterioridade não é um critério absoluto para verificar o uso nocivo da propriedade”²⁶.

A interpretação dos requisitos previstos pela autora deverá ocorrer sob a ótica da tolerabilidade e normalidade, uma vez que, situações comuns e rotineiras não ensejarão qualquer tipo de perturbação ao sossego ou, mesmo, a violação do direito da personalidade.

Desta forma, para entender o conceito de normalidade, deve-se recorrer a ideia de que os “incômodos que se incluem nos encargos ordinários da vizinhança... devem ser tolerados”, enquanto os anormais deverão ser suprimidos pela Administração e pelo Poder Judiciário, através das medidas cabíveis.

23 Tribunal da Relação de Coimbra-Acórdão Proferido em 25.10.1983 no Recurso n. 12.841.

24 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1, 34ª edição, 2017, ed. Saraiva Página, 113.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir, São Paulo, 4. ed., Revista dos Tribunais, 1983, p. 29.

26 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, 7. ed. Atualizada, Saraiva, 1991, p. 181.

Os referidos conceitos também estarão intimamente relacionados ao local onde a conduta foi praticada, uma vez que as regras aplicadas às zonas urbanas, diferem dos costumes das zonas rurais. O mesmo se aplicando as zonas residenciais e comerciais, uma vez que no último caso, a tolerabilidade referente ao barulho, som, ruídos, poluidores e demais violadores do direito ao sossego são maiores.

Silvio Rodrigues cita dois julgados sobre perturbação decorrente de barulho ocasionado por estabelecimento de “dancing”. No primeiro caso, o estabelecimento encontrava-se “no andar térreo de um prédio de apartamentos, perturbando o sossego de seus moradores²⁷” e o juiz ordenou a cessação do incômodo. Em outro acórdão a decisão foi em sentido contrário. Tratava-se de um “cabaret” situado em zona de grande movimento e agitação noturna. Os vizinhos queixavam-se do barulho da orquestra provindos do estabelecimento. O entendimento foi no sentido de que “quem vai residir em bairro de tal espécie corre deliberadamente o risco de sofrer perturbações daquela ordem²⁸”.

Finalmente, a teoria da pré-ocupação não prevalecerá para fins de afastamento do direito ao sossego, já que a lei veda o incômodo, não sendo justificável a perpetuação da interferência na vizinhança, com base, simplesmente, na anterioridade da propriedade.

“Mas, por outro lado, pode-se compreender que a pessoa que se instala à beira de uma estrada de ferro, ou lado de antiga e barulhenta serraria, não pode pleitear que esta cerre suas portas ou aquela o indenize pelos incômodos que tal atividade lhe impões. Aqui a ideia de pré-ocupação como que serve de advertência de que a zona não é de pacífico sossego e bucólico silêncio²⁹”.

A natureza do incômodo, por sua vez, poderá referir-se a uma violação moral ou patrimonial, condizente com os direitos da personalidade e com a propositura de ações cabíveis, que serão analisadas, em capítulo específico.

Desta forma, no caso de afronta ao direito ao sossego e antes mesmo da propositura de uma medida administrativa ou judicial cabível, será necessário averiguar, em primeiro lugar, se o fato preenche, cumulativamente, os requisitos legais estampados no presente capítulo, pois, apenas nestas hipóteses o julgador permitirá a tutela do direito em pauta, ante o desrespeito da anormalidade e da tolerabilidade de no uso da propriedade ou da violação a um direito personalíssimo.

6 MEDIDAS JUDICIAIS DISPONÍVEIS PARA A TUTELA DO DIREITO AO SOSSEGO

O ordenamento jurídico, como demonstrado, garante à proteção do direito da personalidade, especificamente do direito ao sossego. Entretanto, não é sempre que os direitos assegurados pelo ordenamento são respeitados pelos membros da sociedade. Por esta razão, é de suma importância que o legislador garanta medidas extra e judiciais, a fim de que o direito ao sossego seja preservado e garantido, no caso de turbação ou violação.

Por isso, o ordenamento pátrio garante a proteção, em diversas esferas jurídicas, como a Administrativa; a Constitucional; a Penal e, finalmente, a Cível, abrangendo, neste ramo, o Direito Ambiental; motivo pelo qual é de suma importância analisar quais medidas poderão ser intentadas, em cada uma das esferas, a fim de resguardar o direito.

27 RODRIGUES, Silvio. *op cit* p. 120

28 *Ibid.* p. 122

29 *Ibid.* p. 123

O Direito Administrativo garante a proteção do direito ao sossego, a partir do exercício do seu Poder de Polícia que é “a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”³⁰ seja pela edição de normas e decretos administrativos, acerca dos limites sobre o som; poluentes; ruídos, como é o caso da Norma Brasileira (NBR) 10.151/2000, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou através das limitações administrativas, impostas pelo Poder Público ao particular, em face da supremacia do interesse público, impondo, ao particular, conforme lição de Maria Sylvania Zanella de Pietro³¹, a obrigação de fazer ou não fazer com o objetivo de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados, ideal a não corporificação de uma coisa.

Desta forma, em face da autoexecutoriedade, coercibilidade e autotutela dos atos administrativos é possível que a própria Administração Pública, presenciando a violação do direito ao sossego, imponha medidas e sanções com o intuito de suspender ou restabelecer o direito tutelado, sem que haja a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Contudo, na hipótese de descumprimento das ordens administrativas é possível que a pessoa recorra ao Judiciário a fim de que o direito seja reestabelecido, nos moldes do estampado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Para isso, então, poderá se valer de diversas ações dispersas na legislação brasileira.

Quando falamos em Direito Constitucional e em violação ao direito ao sossego no que tange à informação; as liberdades fundamentais e a dignidade da pessoa humana será necessário que o ofendido se utilize das ações constitucionais, previstas na Carta Magna, consistentes, por exemplo, no habeas data (art. 5º, LXXVII); no mandado de segurança individual ou coletivo (art. 5º, LXX e LXIX) ou até mesmo, no mandado de injunção (art. 5º, LXXI); com o objetivo do restabelecimento do direito da personalidade.

Ocorre que, além da violação constitucional, é possível que o direito ao sossego atinja a esfera penal, isto é, as figuras tipificadas no Código Penal ou mesmo nas leis esparsas, acerca do assunto, como é o caso da Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688/1941).

Quando falamos em violação as normas penais é possível apontar diversos crimes que se enquadram na perturbação ao sossego, como é o caso dos crimes contra a honra (arts. 138 a 145), dos crimes contra a liberdade pessoal (arts. 146 a 149), dos crimes contra a inviolabilidade de domicílio (art. 150), dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152) e dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos (arts. 153 e 154) ou na Lei nº 3.688/41 que prevê, em diversos artigos, a proteção a este direito.

Os principais dispositivos, na lei em questão, ficam a cargo dos artigos 42 e 65. O primeiro prevê que a perturbação a alguém, na sua esfera de trabalho, ou o sossego alheio, na forma dos incisos, caracterizará contravenção penal, punível com prisão simples de quinze dias a três meses ou multa, sem que para isso, haja a comprovação do dolo ou culpa, bastando, então, a voluntariedade da ação.

Mas, para que esta perturbação ou violação ao sossego seja caracterizada é de necessário que atinja um número indeterminados de pessoas, impedindo, desta forma, que o ofensor seja punido em razão da insensibilidade de uma única pessoa acerca do som, ruídos, poluentes, etc, situação, respaldada pela jurisprudência que afirmar que “a simples suscetibilidade de um indivíduo, a sua maior intolerância ou irritabilidade de um neurastênico não é que gradua a responsabilidade. A perturbação deve, assim, ser incômoda aos que habitam um quarteirão, residem em uma vila, se recolhem a um hospital, frequentam uma biblioteca”³².

30 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de Pietro. *Direito Administrativo*, 22ª edição, Editora Atlas, 2009, p.117

31 *Ibid*, p. 131

32 LOUREIRO, Francisco Eduardo. *op cit*, p. 145.

Além da violação ao direito ao sossego ter que atingir a coletividade, é importante apontar que as manifestações de alegria não configurarão, em hipótese alguma, a contravenção, diferentemente do que ocorrerá no caso de queima de fogos, de estampido; shows de música ao vivo ou som alto em lanchonete, além do horário permitido e atividade industrial que excede limites de barulho estipulados por resolução competente ou mesmo os cultos religiosos, que ultrapassem os limites permitidos ou abusam do direito à liberdade religiosa.

Já o artigo 65, do mesmo diploma, penaliza a perturbação da tranquilidade, que incorrerá a quem molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável. Diverso do dispositivo anterior, a penalização da perturbação ao sossego estará configurada quando averiguada a violação do direito de uma única pessoa, pois, nos dias atuais, com a mecanização do homem, garantir a tranquilidade pessoal, está cada vez mais difícil de ser obtida³³.

O direito ao sossego poderá, ainda, ser tutelado na esfera cível, quando se tratar de relações de vizinhança, pela propositura de ações de nunciação de obra nova; de dano infecto ou de dano iminente; demolitória e caução de dano iminente (CC, arts. 555 e 586), ação de construção e conservação de tapumes divisórios (CC, art. 588); a ação de dano infecto e as ações possessórias. Para que isso ocorra será necessário averiguar se a atividade do ofensor, mesmo que lícita, cause prejuízo ao ofendido, pois a nocividade e abusividade do ato é suficiente para a propositura da ação, uma vez que estamos diante de dois direitos absolutos, referente ao direito de propriedade e ao direito da personalidade.

Contudo, se a relação não for de vizinhança, o ordenamento garante, também, a proteção ao direito ao sossego através da propositura de ações obrigacionais de fazer ou não fazer, em que o autor pleiteia ao Poder Judiciário que o réu cumpra os seus deveres legais, sem infringir a norma civil e o direito de outrem ou que ele se abstenha de alguma atividade, como por exemplo, a diminuição dos ruídos em sua casa ou estabelecimento; utilização de máquinas industriais em horários pré-definidos, a inviolabilidade de informações ou do domicílio, dentre outros, inclusive com a fixação de multa diária ou astreintes, inibindo qualquer atividade ilícita ou abuso de poder que venha a ferir o direito da personalidade.

Finalmente, o direito em pauta poderá ser resguardado pelas ações de responsabilidade civil por dano material e moral (artigos 186; 187 e 927, todos do Código Civil) e, sendo o caso, com fixação de perdas e danos, uma vez que, os Tribunais brasileiros reconhecem, de forma ampla e irrestrita, a violação destes direitos e a responsabilização do ofensor.

Todavia, o impasse fica a cargo das seguintes questões: de que forma os danos serão quantificados e fixados? Como avaliarei uma noite mal dormida? E a existência de ruídos e som, em excesso? E os prejuízos causados pela inviolabilidade de domicílio? Ou mesmo o direito e proteção as informações pessoais?

Esta dúvida decorre do fato de que é impossível quantificar a violação de um direito a personalidade, uma vez que a sua afronta não deveria ser compensada pecuniariamente, mas in natura. Contudo, como o direito da personalidade, dificilmente, será restabelecido em sua integralidade, resta ao julgador fixar um montante a fim de compensar os danos e dissabores sofridos pelo ofendido, como forma de compensação e desestímulo aos atos abusivos ou excessivos pela sociedade.

Comprovada a ação delitiva ou o abuso de direito, o nexo causal e o dano, caracterizadores da responsabilidade civil, ao juiz competirá, através das regras de perícia, de avaliação, da proporcionalidade e razoabilidade, fixar o montante a ser pago ao ofendido, a título de dano patrimonial e moral.

Traçada a premissa do Direito Civil, é possível transportar os ensinamentos para a esfera ambiental, quando constatada qualquer violação aos direitos e normas ambientais. Isso porque, o intuito do direito ao sossego é a

³³ MEDICI, Sérgio de Oliveira. *Contravenções penais*. Bauru/SP: Jalovi, 1988, p. 214.

“tutela da qualidade de vida da pessoa humana, materializada na razão da lei, que não é outra senão o conforto mínimo necessário à existência humana...evitando ou procurando impedir, através da tutela inibitória, as lesões ao sossego, coibindo a ocorrência e proliferação de agentes nocivos que atuam em desacordo com os índices legalmente estabelecidos pelo Poder Público, sendo irrelevante o critério da intolerabilidade”³⁴

Garantindo que todas as medidas civis e processuais civis sejam aplicadas na tutela ambiental, como as tutelas inibitórias, a concessão de tutelas de urgência ou a realização de prova notarial, a fim de cessar o dano, etc.

Verifica-se, do exposto, que o ordenamento jurídico garante, de diversas formas, a proteção aos direitos da personalidade, em específico ao direito ao sossego, de forma preventiva ou repressiva, seja na esfera administrativa ou perante o Poder Judiciário, independentemente de a ação ser uma relação de vizinha, ações obrigacionais; responsabilização civil ou ações coletivas, possibilitando, desta forma, o resguardo aos direitos da personalidade tão caros ao ser humano e a convivência em sociedade.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro garantiu, de forma exemplificativa, os direitos da personalidade tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil com o intuito de impedir o engessamento dos direitos e garantias fundamentais, à medida que a sociedade avançada se desenvolvia e necessitava de novas proteções.

A tutela do direito ao sossego visa minimizar as influências decorrentes dos ruídos, poluição sonora; degradação do meio ambiente, viabilizando o adequado exercício do direito de propriedade.

Muito embora o direito de propriedade seja uma garantia constitucional, quando exercido de forma abusiva, ferindo o direito ao sossego, haverá a prevalência deste último em detrimento do primeiro, vez que a propriedade só cumpre a sua função social se for utilizada de forma harmônica, em consonância com os direitos de vizinhança.

A prevalência do direito ao sossego, assim como no direito estrangeiro, poderá se dar de diferentes formas e nas mais variadas esferas, tais como: administrativa, penal, ambiental e civil, sendo que, em todas as hipóteses, competirá ao lesante comprovar os requisitos da responsabilidade civil assim como a anormalidade na conduta ou o excesso/abuso no direito de propriedade, bem como, o prejuízo, possibilitando, então, que o Judiciário analise a questão e imponha qualquer medida administrativa, a partir do poder de polícia, ou judicial, impedidora da propagação da ameaça ou violação dos direitos da personalidade, nos moldes do 5º, XXXV, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Oscar de. Direito ao sossego. **Revista Forense**, Ano 50, Maio-Junho de 1953, Vol. 147.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, 7. ed. Atualizada, Saraiva, 1991,

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito**. 21ª ed. ver. e atual., São Paulo. ed. Saraiva, 2010.

_____. **Estado atual do biodireito**. 3ª edição, Ed. Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella de Pietro. **Direito Administrativo**, 22ª edição, Editora Atlas, 2009.

34 SILVA, Vinicius Camargo. op cit, p. 69.

FRAGOSO, Rui Celso, Direito Ao Sossego. **Revista Da Faculdade De Direito Das Faculdades Metropolitanas Unidas De São Paulo**. 1986.

LIMA, Flávio Pereira. Direito ao Sossego, **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Direito ao Sossego. **Cadernos de Direito Civil e Constitucional, Caderno nº 2**, Juruá Editora, Curitiba, 2001.

MEDICI, Sérgio de Oliveira. **Contravenções penais**. Bauru/SP: Jalovi, 1988.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo. Ed. Atlas, 1997.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. Direito ao sossego e suas consequências nas esferas cível e criminal. **Revista BoniJuris**, Ano XXV, Janeiro de 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v.5. **Direito das Coisas**. 25 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulo Jurídico**. 7ª ed., Rio de Janeiro. ed. Forense, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. rev e atual. São Paulo: Ed Malheiros, 1998.

SILVA, Vinícius Camargo. **Direito ao sossego**. Mestrado em Direito apresentado na PUCSP em 2001.

ZULIANI, Énio Santarelli. Abuso do Direito – o Vizinho que Perde Ação que Ajuizou para Cessar o Incômodo da Vizinhança Deverá ser Condenado a Compensar Danos Morais por Abuso do Direito de Defender o Sossego? **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Ano VII, nº 37, Set-Out/2005, Porto Alegre, 2005.

A OBSERVÂNCIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: APLICAÇÃO ANÁLOGA DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO GARANTIA DO RESULTADO EFICIENTE

OBSERVANCE OF THE MINIMUM EXISTENTIAL IN ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY: ANALOGUE APPLICATION OF THE VESSEL TO THE CONFISC AND CONTRIBUTIVE CAPACITY AS A GUARANTEE OF THE EFFICIENT RESULT

Carolina Schauffert Ávila da Silva¹

Resumo: Como forma de proteção ao meio ambiente, constitucionalmente consagrada, a condenação do poluidor à reparação e indenização ambiental é tida como uma forma eficaz de responsabilização daquele que desrespeita o direito da presente e das futuras gerações, constituindo a sanção aplicada em verdadeira ação educativa. Destarte, na realidade verifica-se muitas vezes que tais condenações não são de fato cumpridas, devido a impossibilidade em arcar com o seu custo, fato que atinge diretamente os resultados pretendidos com a medida punitiva de reparação integral do dano ambiental. Neste sentido, em vista da concretude dos resultados pretendidos com as condenações de indenizações baseadas em danos sofridos ao meio ambiente, o presente artigo pretende discorrer a respeito do chamado mínimo existencial, analisando o conceito dos princípios tributários da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, como instrumento para tornar realidade a reparação ambiental pretendida e, assim, alcançar o resultado eficiente da condenação.

Palavras-chave: Meio ambiente. Poluidor pagador. Mínimo existencial. Vdação confisco. Capacidade contributiva.

Abstract: *As a form of protection of the environment, constitutionally consecrated, the condemnation of the polluter to the repair and environmental indemnification is considered as an effective form of accountability of one who disrespects the right of present and future generations, constituting the sanction applied in true educational action. Thus, in reality it is often found that such convictions are not actually fulfilled, due to the impossibility of bearing their cost, a fact that directly affects the intended results with the punitive measure of integral reparation of environmental damage. In this sense, in view of the concreteness of the intended results with the condemnation of indemnifications based on damages suffered to the environment, the present article intends to discuss about the existential minimum call, analyzing the concept of the tributary principles of the fence to the confiscation and the contributory capacity, as an instrument to make the environmental reparation sought and to achieve the efficient outcome of the conviction.*

Keywords: *Environment. Polluter pays. Minimum existential. Fence confiscation. Ability to contribute.*

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015). Graduada em Direito pela UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí (2007). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco, cadastrado no CNPq/GPDA/UFSC. Membro da Comissão de Direito Tributário do Instituto dos Advogados de Santa Catarina - IASC.

1 INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente no Direito Brasileiro, seguindo tendência internacional, conta com instrumentos cada vez mais eficazes. Primordialmente, a Constituição Federal de 1988 consagrou o direito a um meio ambiente saudável, fazendo constar em seu artigo 225 a responsabilização de poluidores quanto à reparação de danos ecológicos causados.

Desta forma, originária de preceitos constitucionais, a condenação do poluidor à reparação e indenização ambiental é tida como uma forma eficaz de responsabilização daquele que desrespeita o direito da presente e das futuras gerações, constituindo a sanção aplicada em verdadeira ação educativa.

Ocorre que, por diversas vezes, verifica-se certa fragilidade quanto à punibilidade de agentes poluidores, os quais são condenados a pagamentos de multas e indenizações de cunho ambiental, porém acabam por não cumprir na prática com o que fora determinado judicialmente, ante a impossibilidade em arcar com o seu custo, fato que atinge diretamente os resultados pretendidos com a medida punitiva de reparação integral do dano ambiental.

Assim, a preocupação volta-se à discussão da eficiência das condenações de cunho ambiental, através de exemplos práticos ocorridos no Estado de Santa Catarina, tanto as relativas à reparação do dano causado, quanto as referentes ao pagamento de indenizações ambientais.

Objetivando a eficácia das condenações de indenizações baseadas em danos sofridos ao meio ambiente, proferidas no âmbito da responsabilidade civil ambiental, adotando-se posição *pro natura*, o presente artigo pretende discorrer a respeito do chamado mínimo existencial, analisando o conceito dos princípios tributários da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, bem como a sua observância quanto aos valores atribuídos aos agentes poluidores, como instrumento para tornar realidade a reparação ambiental pretendida e, assim, alcançar o resultado eficiente da condenação.

2 BREVES EXPLANAÇÕES A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR COMO MEDIDA EDUCATIVA E A TEORIA DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL

No Direito Brasileiro, a responsabilidade civil ambiental está sujeita a um regime jurídico próprio, fundado nas normas dispostas no artigo 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal e do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/1981, a chamada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

A palavra responsabilidade tem sua origem etimológica no verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito Romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor através de contratos verbais.

A responsabilidade civil ambiental é responsabilidade objetiva e pode assumir duas interpretações diferentes. Primeiro, a responsabilidade objetiva tenta adequar certos danos ligados aos interesses coletivos ou difusos ao anseio da sociedade, tendo em vista que o modelo clássico de responsabilidade não conseguiria a proteção ambiental efetiva, pois não inibiria o degradador ambiental com a ameaça da ação ressarcitória.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva visa a socialização do lucro e do dano, considerando que aquele que, mesmo desenvolvendo uma atividade lícita, pode gerar perigo, deve responder pelo risco, sem a necessidade da vítima provar a culpa do agente. Desse modo, a responsabilidade estimula a proteção ao meio ambiente, já que faz o possível poluidor investir na prevenção do risco ambiental de sua atividade (MIRRA, 2004).

Entre outros aspectos, esse regime especial de responsabilidade civil adotado pelo Direito Ambiental está baseado na admissão da reparabilidade do dano causado à qualidade ambiental, reconhecida como bem jurídico protegido, bem como do dano moral ambiental. Além disso, baseia-se ainda na consagração da responsabilidade objetiva do degradador do meio ambiente, ou seja, responsabilidade decorrente do simples risco oriundo da existência da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente, adotada a teoria do risco integral; na amplitude com que a legislação brasileira trata os sujeitos responsáveis, por meio da noção de poluidor adotada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, considerado poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, direta ou indiretamente responsável pela degradação ambiental conforme disposto no artigo 3º, inciso IV; e ainda na ampliação dos efeitos da responsabilidade civil ordinária, que abrange também a supressão do fato danoso à qualidade ambiental, por meio do que se obtém a cessação definitiva da atividade causadora de degradação do meio ambiente (MIRRA, 2004).

Dentro desse contexto, em que se verifica a amplitude e a força da responsabilidade civil pelo dano ambiental, impõe-se a defesa da aplicação do Princípio da Reparação Integral do Dano Ambiental.

A noção de reparação aplicável ao dano ambiental traz consigo sempre a ideia de compensação. Isso no sentido de que a degradação do meio ambiente e dos bens ambientais pode, por vezes, não permitir o retorno da qualidade ambiental ao estado anterior ao dano, restando sempre alguma seqüela que não pode ser totalmente eliminada. Há, na realidade, diversas situações em que se denota algo de irreversível no dano ambiental, o que não significa a irreparabilidade sob o ponto de vista jurídico.

Nesse contexto, Mirra (2004) leciona que a reparação do dano ambiental deve invariavelmente conduzir o meio ambiente a uma situação equivalente, na medida do que for possível, àquela de que seria beneficiário se o dano não tivesse sido causado, compensando-se, ainda, as degradações ambientais que se mostrarem irreversíveis. Daí a incidência do Princípio da Reparação Integral do Dano.

A reparação integral do dano ao meio ambiente, portanto, abrange não apenas o dano causado ao bem ou recurso ambiental imediatamente atingido, mas também toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade ambiental (CUSTÓDIO, 2015), incluindo os efeitos ecológicos e ambientais da agressão inicial a um determinado bem ambiental que estiverem no mesmo encaqueamento causal; as perdas de qualidade ambiental havidas no período entre a ocorrência do dano e a efetiva recomposição do meio degradado; os danos ambientais futuros dele decorrentes e que se apresentarem como certos; os danos irreversíveis causados à qualidade ambiental e os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental (MIRRA, 2004).

Essa é a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em importante julgado da lavra do Ministro Antônio Herman Benjamin, que, inclusive, foi ainda mais longe, vez que decidiu que a reparação integral do dano ambiental compreende, igualmente, a restituição ao patrimônio público do proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que o empreendedor indevidamente auferiu com o exercício da atividade degradadora.

Nunca é demais lembrar que a responsabilidade civil ambiental tem como fundamento o risco criado pelas atividades degradadoras e não a culpa do degradador, de maneira que configuraria verdadeira contradição se se passasse a levar em conta exatamente a culpa para a delimitação da extensão da reparação pretendida.

Dentro deste contexto, verifica-se como principal fundamento para a condenação à reparação ambiental os ditames do Princípio do Poluidor Pagador, o qual determina que aquele que causou o dano será responsabilizado pelo ressarcimento dos prejuízos dele decorrentes.

Internacionalmente, o Princípio do Poluidor Pagador nasceu através da Recomendação C (72) 128, de 26 de maio de 1972, pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, respondendo diretamente à escassez verificada quanto aos recursos naturais e aos anseios de se obter um meio ambiente equilibrado, para a busca do bem-estar da população (TUPIASSU, 2006).

Segundo a OCDE, o Princípio do Poluidor Pagador deve se identificar com o princípio da internalização dos custos na poluição, devendo o poluidor suportar, senão a totalidade, ao menos a maior parte dos gastos advindos dos danos ambientais, buscando-se sempre alcançar à restituição total do dano (TUPIASSU, 2006).

No ordenamento jurídico pátrio, verifica-se a adoção do Princípio do Poluidor Pagador na Lei nº 6.938/81, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, apontando, em seu artigo 4º, inciso VII, a imposição “[...] ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.²

Ademais, o Princípio do Poluidor Pagador foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, parágrafo 3º, que prescreve que “[...] as atividades e condutas lesivas ao meio-ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais ou administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.³

Desta forma, busca-se com o princípio evitar que se crie uma esfera de impunidade àqueles que, decorrente de atividades ou dos atos que pratiquem, gerem lesões ambientais, vez que serão passíveis de punições decorrentes da legislação ambiental.

Assim, denota-se que o Princípio do Poluidor Pagador é considerado uma das principais justificativas para se alcançar à reparabilidade da degradação ambiental sofrida, na intenção de serem aplicadas medidas sancionatórias de cunho reparador e educativo através da responsabilidade civil ambiental, para estancar atitudes e práticas poluidoras.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL – O PRINCÍPIO TRIBUTÁRIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Sobre a ideia de mínimo existencial, ou mínimo vital, tem-se que a primeira notícia a respeito de seu conceito na história, diz respeito a uma máxima surgida na Idade Média, quando encontra-se registro de uma noção de proteção individual contra a potestade tributária do “Estado” (VALADÃO, 2008, p. 17).

Tal conceito surgiu pelo pensamento religioso e tinha como máxima que as necessidades elementares da vida devem se antepor às necessidades do Estado: *primum vivere, deinde tributo solvere* (VALADÃO, 2008, p. 17).

Desta forma, denota-se que sua origem é voltada ao Direito Tributário, derivada do poder fiscal do Estado.

No Brasil, Torres (1989, p. 145) tratou do que se pode chamar de uma “Teoria sobre o Mínimo Existencial” – indicando legislação ainda mais antiga sobre o tema, como se vê:

No Estado de Polícia – fase final do patrimonialismo – modifica-se o enfoque da questão da pobreza: procura-se aliviar a tributação dos pobres e transferir para o Estado a sua proteção. Critica-se a proporcionalidade e se inicia, com o cameralismo, a defesa da progressividade da tributação, limitada, porém, pela imunidade do mínimo existencial, retirando-se do campo de incidência fiscal, aquelas pessoas que não possuem riqueza mínima para o seu sustento, de que é exemplo a legislação de D. Maria, de 17.12.1789, que alivia a sujeição fiscal dos pobres [...] No Estado Fiscal de Direito modifica-se substancialmente o tratamento dado à questão da pobreza, estruturando-se juridicamente a imunidade do mínimo existencial e a assistência social aos pobres, atendido, no Brasil, com a secularização dos dízimos eclesiásticos. A tributação passa a se fazer com fundamento no princípio da capacidade contributiva e no seu subprincípio da

2 BRASIL. STJ. Responsabilidade Civil Ambiental, Princípio do Poluidor-Pagador, Princípio da Reparação Integral, Princípio da Melhoria da Qualidade Ambiental e Princípio in Dubio pro Natura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista_eletronica-2015_239_1_capResponsabilidadeCivil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

3 Idem.

progressividade, que ingressam nas Constituições da França e do Brasil, entre outras, o que implica a proibição da incidência sobre a parcela mínima necessária à existência humana digna, que, estando aquém da capacidade econômica e constituindo reserva da liberdade, limita o poder fiscal do Estado (sic).

O mencionado Professor leciona a respeito dos motivos em razão do qual se desonerou a tributação sobre o mínimo indispensável, fazendo uma vinculação inexorável entre o papel do Estado e a proteção existencial, ao afirmar que (TORRES, 1989, p. 139):

No Absolutismo Esclarecido, o cameralismo separou, como defendia Von Justi, a felicidade eterna (ewige Glückseligkeit), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (zeitliche Glückseligkeit), objetivo do Estado; essas ideias iluministas penetraram em Portugal e no Brasil, na época pombalina, aliviando o Estado da tributação do mínimo existencial, assumindo a função paternalista de garantir a felicidade geral e a assistência aos pobres e, ambiguamente, reforçando os privilégios financeiros da nobreza e do clero.

Quando se trata da proteção vital estamos a refletir sobre um patrimônio mínimo, aquele que possibilite a toda pessoa o acesso básico aos bens que sejam voltados para a satisfação de suas necessidades elementares.

Essa ideia transcende o limite existente entre os diversos ramos do direito. Trata-se de uma ideia universal, ou seja, uma ideia que ultrapassa as fronteiras dos países, de modo que se mostra como conceito lógico-jurídico, próprio da condição da existência humana e que, portanto, deve ser aplicado e protegido em todos os ramos de sua atividade.

No âmbito tributário, fala-se do paralelismo entre a necessidade do Estado de prover-se de recursos suficientes para satisfazer os gastos públicos e, por outro lado, de que permita aos indivíduos a garantia das condições necessárias para que possam sobreviver, desenvolvendo-se e sustentando-se por seus próprios meios. Decorre logicamente dessas assertivas que, se por um lado o Estado tem o direito de apropriar-se de parte da riqueza do particular, por outro, também deve oferecer condições para o desenvolvimento do indivíduo e suas potencialidades (TORRES, 1989).

Na lição do Professor Moreira (2000, p. 300), tal princípio encontra-se atrelado aos ditames da dignidade da pessoa humana e, embora o autor se refira apenas à Administração Pública, entende-se que o mesmo deve aplicar a todos os atos estatais, inclusive o legiferante, sobretudo quando se refere à proteção existencial:

O princípio da eficiência dirige-se à maximização do respeito à dignidade humana (CF, art. 1º). Esta é a finalidade básica da Administração Pública, num Estado Democrático de Direito. Não basta a inconsistente busca dos fins legais. Estes sempre devem ostentar qualidades humanas e sociais positivas.

O que envolve a temática do mínimo existencial, cujo desenvolvimento ocorreu a partir do advento do Estado Fiscal de Direito, quando o tratamento conferido à pobreza sofreu substancial modificação, prestigiado pelo Princípio da Vedação ao Confisco, apresenta-se de grande significação para este trabalho.

O instituto do confisco é milenar e está presente em vários países ao longo da história, desde o Direito Romano até os tempos atuais. De acordo com Coelho (1999, p. 349), “[...] em sua formulação mais antiga, o princípio do não-confisco originou-se do pavor da burguesia nascente em face do poder de tributar dos reis”.

A existência do pavor dos subordinados referente ao livre poder de tributar dos que detém competência é também demonstrado por Castilho (2002, p. 41), o qual afirma que “[...] o Direito Constitucional Moderno, com suas raízes na Carta Magna de 1215, também revela essa ideia, ou seja, a de impor limites ao poder de tributar”.

Para Goldschmidt (2003), confisco é o ato de apreender a propriedade em prol do Fisco, sem que seja oferecida ao prejudicado qualquer compensação em troca. Por isso, o confisco apresenta o caráter de penalização, resultante da prática de algum ato contrário à lei.

Portanto, confisco tributário nada mais representa senão a coibição, pela Constituição, de qualquer aspiração estatal que possa levar, na seara da fiscalidade, à injusta apropriação pelo Estado, no todo ou em parte, do patrimônio ou das rendas dos contribuintes, de forma a comprometer-lhes, em razão da insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou, também, a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Por sua vez, o Princípio da Capacidade Contributiva, ligado ao Direito Tributário e ao Direito Econômico, leva em conta, sempre que possível, a condição econômica do contribuinte, e tem por escopo o atingimento do ideal de justiça fiscal, repartindo os encargos do ente da federação na proporção das possibilidades de cada contribuinte.

Para o presente artigo, mais importante do que os ditames do Princípio da Vedação ao Confisco são os ideais ligados ao Princípio da Capacidade Contributiva, tendo em vista o fim que se almeja com a sua aplicação no âmbito ambiental, que é a realização e o cumprimento efetivo das obrigações reparatórias e indenizatórias, advindas da Responsabilidade Civil Ambiental e atribuídas ao poluidor.

Para Siqueira (2010), a capacidade contributiva se subordina à ideia de justiça distributiva, determinando que cada qual pague o imposto de acordo com a sua capacidade subjetiva. Neste contexto, capacidade contributiva é capacidade econômica do contribuinte, significando que cada um deve contribuir na proporção de suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira.

Diante de tais conceitos verifica-se que, destarte tratem de ditames voltados ao ramo tributário do Direito, estes cabem perfeitamente na discussão a respeito da busca por maior eficiência quanto ao objetivo de reparação integral do dano ambiental, uma vez que o que se almeja é a concretização das condenações embasadas na responsabilidade civil ambiental, para o alcance do meio ambiente equilibrado. Tal análise será realizada no tópico a seguir.

4 APLICAÇÃO ANÁLOGA DOS IDEAIS DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E CAPACIDADE ECONÔMICA DO CONTRIBUINTE NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL: EVENTOS DEGRADANTES NO ESTADO DE SANTA CATARINA E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA QUANTO AOS RESULTADOS PRÁTICOS DE REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

Comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano dele advindo. Para tanto, não é imprescindível que seja evidenciada a prática de um ato ilícito, basta que se demonstre a existência do dano para o qual exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência causal decisiva.

Diante disto, tem-se na jurisprudência pátria incontáveis decisões judiciais proferidas no sentido de condenar o poluidor à restituição do dano ambiental causado, além de pagar indenizações àqueles que sofreram direta ou indiretamente com os prejuízos advindos do evento danoso.

Ocorre que, diante da situação de grave crise vivida mundialmente, denota-se o incremento quanto à inadimplência no cenário econômico, a qual reflete também nos sujeitos passivos de tais condenações, que não cumprem com suas obrigações em grande parte dos casos, devido a impossibilidade de arcar com tais custos.

Desta forma, em que pese a dificuldade em concretizar-se a reparação do dano ambiental ocasionado, retornando o meio ambiente ao *status quo* anterior à degradação sofrida, o pagamento de indenizações, condenação de cunho estritamente econômico, vê-se ineficaz ante a condenação em valores por vezes exorbitantes, as quais acabam por nunca saírem do papel.

O grande desafio que se propõe é refletir a respeito da adoção de novas formas de condenações ambientais que cumpram efetivamente com o ideal *pro natura* que se defende, sempre com o objetivo de se ter o dano ambiental integralmente reparado.

Vimos que a garantia do mínimo existencial e capacidade contributiva está ligada ao Princípio da Dignidade de Pessoa Humana. Portanto, denota-se que as condenações que não observem tais conceitos estariam descumprindo tais preceito constitucional, além de comprometer diretamente o cumprimento da obrigação à ele atribuída.

Assim, diante da preocupação com a manutenção do meio ambiente em sua forma equilibrada, o presente trabalho apresenta nova forma de se buscar a efetividade quanto aos resultados almejados com a Responsabilidade Civil Ambiental, que seria pensada através da análise prévia da capacidade econômica do poluidor, para que sejam atribuídas condenações passíveis de serem cumpridas, realizando ao mesmo tempo o escopo principal destas que é a restituição do meio ambiente na sua forma sadia, preservando-o para as presentes e para as futuras gerações.

A principal característica do dano ambiental, que o diferencia do dano ordinário, é a dificuldade em orçar o prejuízo causado ao meio ambiente. Deve-se primar sempre pela reparação dos danos, sendo sua conversão à indenizações devidas apenas em casos excepcionais.

Dessarte, diante de sua peculiaridade, este cálculo é bastante difícil. A quantificação monetária do dano ambiental é uma operação que corre por um plano diverso do bem, uma vez que o dinheiro e o bem ambiental são bens de naturezas distintas e que a lesão ao meio ambiente não é propriamente uma lesão meramente patrimonial (ALBUQUERQUE, 2014). Por vezes, a condenação do poluidor em grandes valores pode prejudicar seu cumprimento, conforme se vê em casos concretos.

O Estado de Santa Catarina, de acordo com o Relatório de Danos Materiais e Prejuízos Decorrentes de Desastres Naturais no Brasil (levantamento elaborado pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Engenharia e Defesa Civil (CEPED) da UFSC, com o apoio do Banco Mundial), foi o terceiro Estado do país mais impactado por danos materiais e prejuízos financeiros em um intervalo de duas décadas ocasionados por desastres naturais oriundos de degradações ambientais sofridas ao longo dos anos. Despesas provocadas por desastres naturais nas cidades catarinenses somaram R\$ 17,6 bilhões entre 1995 e 2014. A publicação, divulgada em 2017, considera informações relatadas pelos municípios aos Estados e à União. Desastres ocorridos nos últimos dois anos à publicação ainda não constam no estudo.

Encontram-se na jurisprudência estadual decisões embasadas pelo Princípio do Poluidor Pagador, as quais condenam o degradador a restituição do dano de sua autoria, além do pagamento de indenizações devido aos prejuízos dele decorrentes.

Ocorre que, em alguns casos, infelizmente, a condenação permanece apenas no papel, jamais vindo a se concretizar. Ou seja, o dano ambiental ocasionado mantém-se incólume, em total afronta ao direito constitucional ao meio ambiente sadio disposto no artigo 225 da Carta Magna.

Um exemplo emblemático no Estado é o caso da contaminação do Rio do Peixe, localizado no Município de Caçador, o qual sofre com o lançamento de esgoto doméstico e industrial não tratado diretamente em seu leito. O Ministério Público ingressou com Ação Civil Pública contra a Companhia de Águas e Esgoto do Estado de Santa Catarina – CASAN, a qual foi condenada a reparação do dano ocasionado e tomada de providências para que cessem as atividades lesivas.

Porém, denota-se ainda em 2018 a poluição existente no local, exemplo claro da falta de eficácia quanto a reparação ecológica pretendida.

Outra situação bastante grave no Estado é a degradação ambiental ocasionada devido à atividade mineradora e carbonífera. Diante da enorme extensão do dano ambiental verificado na localidade, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal Ação Civil Pública, que, dentre os outros pedidos, visava à reconstituição do meio ambiente afetado pela mineração e a não-continuidade do processo de degradação ambiental.

Na ação, figuravam no pólo passivo vinte e duas mineradoras, a União e o Estado de Santa Catarina. Quando da sentença, a mesma foi proferida e julgou o pedido procedente, condenando as empresas mineradoras que figuram no pólo passivo, a União e o Estado de Santa Catarina, solidariamente, a apresentar, dentro de seis meses, a partir da intimação da sentença, um projeto de recuperação da região que compõe a Bacia Carbonífera do Sul do Estado, com cronograma mensal de etapas a serem executadas no prazo de três anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem a amenizar os danos sofridos, principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento.

Além disso, a sentença cominou aos condenados a pena de multa de 1% (um por cento) do valor da causa por mês de atraso no prazo de entrega do projeto ou no cronograma de execução, ficando as mineradoras ainda em atividade obrigadas a ajustar suas condutas às normas de proteção ambiental.

Em que pese tais condenações, o que se verifica na realidade é a permanência da degradação ambiental sofrida nos respectivos locais.

A partir do novo *status* concedido ao meio ambiente pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que inúmeros instrumentos passaram a ser utilizados quanto à promoção da tutela do meio ambiente. O sistema jurídico, tratando-se de uma unidade, fez com que o direito ao meio ambiente, bem difuso e de superposição, passasse a se utilizar dos ramos autônomos do Direito para a consecução do fim constitucional de tutela ambiental (PINTO, 2012).

Neste sentido, dentre os instrumentos eleitos para a proteção do meio ambiente, encontram-se os econômicos e, dentre eles, os tributários. Por isso, entende-se que a aplicação de preceitos tributários para nortear e tornar mais eficaz a reparação de danos ambientais caracteriza um destes instrumentos tutelares, a fim de ver-se garantido seu resultado eficaz, para que não ocorra o que vem ocorrendo no Estado de Santa Catarina e em todo o mundo.

Inclusive, relativo ao Princípio do Poluidor Pagador, Derani (2009) leciona a respeito de uma de suas dimensões a serem abordadas quando de sua aplicação, que é a chamada dimensão social-ético-normativa.

De acordo com essa dimensão, a relação causa e efeito é relativizada, numa ambição de justiça na distribuição dos custos de conservação ambiental, introduzindo o Estado no seu papel social, procurando reconhecer o porte de cada poluidor, ou seja, o poder econômico de cada poluidor e outras variáveis individualizadoras de cada potencial sujeito deste princípio são introduzidas para que a conservação ambiental não se transforme num instrumento de aumento de diferenças sociais (DERANI, 2009).

Ressalte-se que a proposta não se limita apenas a adoção quando da condenação, de valores condizentes com a situação econômica do sujeito passivo. Caberia, neste caso, a tomada de atitudes inovadoras, adotando-se meios de que tal pagamento e o cumprimento de atitudes ecológicas pelo poluidor possam ser retiradas do papel, tornando-se uma realidade. Assim, a observância do mínimo vital estaria sendo garantida com a finalidade de se alcançar a reparação integral do dano ambiental em sua forma mais real, verificada na prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que fora exposto, a conclusão que se alcança é a de que atualmente não cabe mais a restrição dos ditames do Princípio da Vedação ao Confisco e da Capacidade Contributiva unicamente ao Direito Tributário. Tendo em vista a crise em que vivemos, tanto de ordem econômica quanto aquela voltada à impunidade observada quando do descumprimento de preceitos legais, atribuir penalidades de modo sensato, levando-se em consideração as condições do sujeito passivo, torna-se questão de ordem, objetivando maior eficácia quanto aos seus resultados práticos.

Reforçamos o entendimento de que o Princípio da Vedação do Confisco e, principalmente, o da Capacidade Contributiva, tem como escopo preservar a propriedade dos contribuintes, ante a voracidade fiscal do Estado. Da mesma forma, se exações podem vir a ser consideradas confiscatórias, por não respeitar o mínimo para a existência digna e produtiva do particular, é evidente que a condenação judicial de reparação de dano ambiental e pagamento de indenizações em valores desarrazoados também se subsume à mesma teleologia prevista no princípio cuja positivação referiu-se apenas aos tributos.

Desta maneira, defende-se a aplicação de limites às condenações ambientais imputadas aos poluidores que descumprem preceitos constitucionais de preservação do meio ambiental sadio, bem como a adoção de novas formas de garantia do pagamento de indenizações, para que estas observem a garantia do mínimo vital dependendo do caso concreto, retirando os argumentos, por vezes utilizados, para justificar o seu descumprimento.

A intenção do presente artigo é a de trazer breves explanações quanto a aplicação da responsabilidade civil ambiental, não pretendendo com isso esgotar o assunto e sim provocar o desenvolvimento do mesmo para que seus objetivos sejam alcançados, na busca do meio ambiente equilibrado para as presentes e as futuras gerações.

Assim, concluímos pela extensão dos ditames da vedação ao confisco e da capacidade contributiva à responsabilidade civil ambiental, aplicando-se por analogia a ideia de respeito ao mínimo existencial do sujeito poluidor, como garantia de eficiência no resultado pretendido de reparação do dano ao meio ambiente, sempre com fulcro na visão *pro natura*, uma vez que o único objetivo a ser alcançado com tal medida é a sua recomposição, na forma integral, retornando-o ao *status quo ante* a degradação sofrida, em obediência aos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fernanda Cavalcanti. **O valor do dano ambiental**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-valor-do-dano-ambiental,49545.html>>. Acesso em: 22 de fev. 2018.

BRASIL. STJ – 2ª Seção REsp 1.374.284/MG – j. 27/8.2014 – rel. min. Luís Felipe Salomão – sob o regime do artigo 543-C do CPC/1973; STJ – 4ª T. – AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP – j. 5/6/2014 – rel. min. Marco Buzzi; STJ – 2ª Seção – REsp 1.114.398/PR – j. 8/2/2012 – rel. min. Sidnei Beneti – sob o regime do artigo 543-C do CPC/1973.

_____. STJ – 2ª T. – REsp 1.367.923/RJ – j. 27/8/2013 – rel. min. Humberto Martins; STJ – 2ª T. – REsp 1.198.727/MG – j. 14/8/2012 – rel. min. Herman Benjamin.

_____. STJ. Responsabilidade Civil Ambiental, Princípio do Poluidor-Pagador, Princípio da Reparação Integral, Princípio da Melhoria da Qualidade Ambiental e Princípio in Dubio pro Natura. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2015_239_1_capResponsabilidadeCivil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CASTILHO, Paulo Cesar Baria de. **Confisco tributário**. São Paulo: RT, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Avaliação de custos ambientais em ações judiciais de lesão ao meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, ano 79, v. 652, 2015.

DERANI, Cristiane. **O direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: RT, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery Mirra. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo e Princípio da Eficiência**. In: PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. Introdução ao direito ambiental tributário. Campinas: Editora Alínea, 2012.

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. **Introdução ao direito ambiental tributário**. Campinas, SP : Alínea, 2012.

SIQUEIRA, Vanessa. **Direito Tributário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1989. (Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, v. 3).

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALADÃO, Alexsander Roberto Alves. **O mínimo existencial e as espécies tributárias**. Tese de doutorado. Curitiba: 2008. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/18288/Alexsander%20Roberto%20Alves%20Valadiao%20%28tese%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O DIREITO DO TRABALHO E A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO SOCIAL AOS TRABALHADORES BRASILEIROS

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A LOS TRABAJADORES BRASILEÑOS

Renata Do Val¹

Resumo: O presente artigo versa sobre o surgimento do direito laboral no Brasil, bem como da Justiça do Trabalho, sendo esta última o instrumento público para salvaguardar as normas trabalhistas e efetivamente trazer a pacificação social nessa esfera. Também será verificada a evolução das normas protetivas, sua flexibilização, e a grande discussão atual da extinção da Justiça do Trabalho sob o enfoque da proteção social dos trabalhadores e respeito aos direitos humanos.

Palavras-chaves: Direito do Trabalho. Processo do Trabalho. Justiça do Trabalho. Direitos Humanos. Proteção Social.

Resumen: El presente artículo versa sobre el surgimiento del derecho laboral en Brasil, así como de la Justicia del Trabajo, siendo esta última el instrumento público para salvaguardar las normas laborales y efectivamente traer la pacificación social en esa esfera. También se verifica la evolución de las normas proteccionistas, su flexibilización, y la gran discusión actual de la extinción de la Justicia del Trabajo bajo el enfoque de la protección social de los trabajadores y respeto a los derechos humanos.

Palabras claves: Derecho del Trabajo. Proceso del Trabajo. Justicia del Trabajo. Derechos Humanos. Protección Social.

¹ Advogada e Sócia do Escritório Do Val & Cavalcante Sociedade de Advogados. Professora e palestrante. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Pós-Graduada em Direito Público: Tributário. Autora das obras: Corretores de Imóveis: Empregados ou Autônomos? Ed. LTr. Ano 2015; Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista. 5ª Edição. Ed. LTr. Ano 2018; e Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais. Ed. LTr. Ano 2018. <http://lattes.cnpq.br/5990185958279452>

1 INTRODUÇÃO

Tema recente e muito divulgado na mídia brasileira no início de 2019 vem a ser a existência da Justiça do Trabalho no Brasil, no ano de 2017 e 2018 tivemos grande discussão sobre os direitos dos trabalhadores brasileiros fomentada pela lei 13.467/17, norma conhecida como “reforma trabalhista”.

A grande semelhança entre as duas discussões vem a ser que por parte do governo brasileiro nos respectivos anos citados os mesmos disseminam a ideia de que os trabalhadores possuem direitos em excesso previstos em legislação ultrapassada e que a justiça laboral brasileira protegeria em demasia a classe trabalhadora.

Contudo, ao contrário da falácia politiquera a legislação trabalhista no Brasil desde sua implementação pela CLT em 1943 sofreu inúmeras modificações seja em seu texto legal, seja na sua forma de interpretação, passando a contemplar situações atuais.

Outrossim, o texto legal da CLT anterior as modificações trazidas pela lei da reforma trabalhista, não possuía direitos em excesso aos empregados como iremos verificar no decorrer deste artigo.

No mesmo sentido, a Justiça do Trabalho no Brasil na sua competência processual não era e não é demasiadamente protecionista, apenas assegura o cumprimento da legislação e direitos mínimos como verificaremos.

2 SURGIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Antes de abordar o nascimento das normas trabalhistas no Brasil é importante a verificação de tempos anteriores a referida legislação, isso porque não havia direito do trabalho antes do século XIX, pois éramos um país baseado no trabalho escravo essencialmente agrícola.

Já, no final do século XIX início do XX, com a Proclamação da República, e a abolição da escravidão, tivemos o início de pequena industrialização em pequenos centros urbanos São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador.

Importa anotar que no Brasil a classe operária era formada basicamente por imigrantes estrangeiros italianos, espanhóis, portugueses, o que trouxe grande influência sindical, ante o avanço sindical da Europa na época, havendo, portanto, diversas greves ante o trabalho em condições precárias no Brasil.

O ano de 1930 é a data marcante para o direito do trabalho brasileiro, Getúlio Vargas, implementa a indústria Brasileira com o programa de desenvolvimento industrial, tendo como ponto central do programa a intervenção do Estado nas relações de trabalho.

Assim, o Estado getulista começa a produzir uma enorme quantidade de legislação de proteção mínima ao trabalhador, mas com o Estado extremamente intervencionista, com normas de ordem imperativa.

Devemos nos recordar que Getúlio Vargas ficou conhecido como o “pai dos pobres” e foi durante seu governo que a CLT foi decretada.

Também resta deixar consignado que embora a CLT seja de 1943 seu texto ao longo dos anos já sofreu muitos ajustes seja de interpretação, seja com mudança literal de seu texto.

Em 1930 foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que competia exercer funções administrativas e jurisdicionais, após 1932 surgiram as Inspetorias Regionais do Trabalho, e as Comissões Mistas de Conciliação e as Juntas de Conciliação e Julgamento (estas inicialmente atendiam apenas aos empregados sindicalizados, e era formada por dois vogais, e um presidente nomeado pelo Ministério do Trabalho).

Em 1934 a Constituição passou a prever a existência da Justiça do Trabalho para solução de conflitos, mas apenas em 1939 é que as juntas passam a ter competência para executar suas decisões que antes eram executadas apenas pela Justiça Federal.

Assim, apenas em 01 de maio de 1941, foram extintas as antigas Juntas de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, sendo que em 1943 foi editada a CLT, mas de fato a Justiça do Trabalho apenas passou a não ser mais parte do executivo apenas em 1946.

Em 1988 foi promulgada a CF de 88, que veio fortalecer o direito individual do trabalho ante o artigo 7º que constitucionalizou várias regras, muitas já previstas na CLT, tornando inclusive cláusulas pétreas, bem como trouxe certa liberdade ao sindicato a não depender mais de autorização do Estado para ser criado.

Em 1999 com a EC 24, a Justiça do Trabalho tomou a forma atual com o fim os juízes classistas.

No final do século XX início do XXI o direito do trabalho passa a ter uma grande discussão sobre o seu papel principalmente na década de 90, ante a alta competitividade surgindo à figura da flexibilização do direito do trabalho, que inclusive vem ganhando força no momento político e econômico atual.

No ano de 2017 a legislação trabalhista passou por grande modificação com a edição da lei 13.467/17 – Reforma Trabalhista – em que direitos foram extintos ou reduzidos, inclusive em alguns pontos restringindo o acesso à justiça.

Na oportunidade realizei comentários artigo por artigo da referida legislação na obra “Reforma Trabalhista Comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais” obra publicada pela editora LTr.

Atualmente o governo profere entrevistas televisivas com a hipótese da extinção da justiça do trabalho e da CLT.

O que se verifica, portanto, com a observação do caminhar da história do direito do trabalho é que após largos anos sem regulamentação, sem direito ao mínimo, vieram às conquistas de diversos direitos a classe trabalhadora no mundo, e hoje nos deparamos com a redução destes mesmos direitos, em toda a parte em diversos países com o nome de “flexibilização” dentre outros, para tentar solucionar problemas da economia, da alta dos impostos, que foram gerados muitas das vezes não pela garantia do mínimo conquistado pela classe trabalhadora, mas sim pela administração pública que institui de forma massiva impostos e taxas.

3 ATUALIZAÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS TRABALHISTAS E OS DIREITOS BÁSICOS CONTIDOS NA CLT

Primeiramente é importante pontuar que a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – regula as relações de trabalho subordinado, com vínculo empregatício.

Portanto, temos que a CLT não será aplicada a toda e qualquer relação de trabalho gênero, mas somente aquelas nas quais presentes os requisitos do vínculo de emprego.

A CLT deve ser aplicável inclusive para aqueles que não possuem o registro em sua carteira de trabalho, mas que possuem todos os requisitos do artigo 2º e 3º, já que não é o fato da existência da anotação em carteira que torna a observância da presente lei obrigatória, mas sim a verdade real por força do artigo 9º da CLT, e dos princípios norteadores do direito do trabalho.

Por essa razão, e nos moldes do artigo Art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que reza: *Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. É que a CLT deve ser respeitada, e em casos de fraudes ser reconhecido o vínculo de emprego com a aplicação da referida norma.

No mais, o direito dos trabalhadores é direito fundamental social, e possui garantias constitucionais previstas nos artigos 5º, inciso XIII, e artigo 7º e incisos da CF.

Também é considerado integrado aos direitos humanos já que nos moldes Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 em seu artigo 14 e 15 há proteção ao trabalho e aos trabalhadores, inclusive sob a ótica internacional.

Artigo 14. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o direito de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família.

Artigo 15. Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico.

Além desta previsão acima temos também proteção e enquadramento do direito ao trabalho como direito humano na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a proibição ao trabalho escravo ou forçado, bem como as garantias de recursos judiciais do artigo 8º na esfera trabalhista e a liberdade de associação trabalhista.

No mesmo sentido, temos a previsão do artigo 6º no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, 1988 que dá proteção ao direito do trabalho.

Existem outras normas internacionais a respeito, e importa anotar que o Brasil ratificou a Convenção Americana, e portanto está sujeito as normas internacionais de proteção aos direitos humanos que inclusive.

Não bastando, também temos o Brasil como parte na OIT, e como país ratificador de diversos de seus tratados trabalhistas. Portanto, não apenas a CLT deve ser aplicada aos trabalhadores brasileiros, como também as normas supra legais, além de demais legislações esparsas e outras normas de ramos diversos do direito.

Contudo, embora como visto tenhamos diversas normas trabalhistas vigentes no Brasil, a norma mais discutida e atacada atualmente é a CLT e o instrumento de sua eficácia – a Justiça do Trabalho.

Importa anotar que a CLT passou ao longo dos anos por diversas modificações antes mesmo da lei da reforma trabalhista, sendo portanto incorreto apontar como sendo uma lei de 1943 desatualizada, como exemplos temos:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Como podemos verificar o artigo 6º da CLT no ano de 2011 ganhou nova redação e tivemos a inclusão do parágrafo único tendo em vista as modificações tecnológicas ocorridas que possibilitaram novas formas de trabalho com vínculo empregatício.

Assim, em 2011 a CLT já versava sobre o teletrabalho tendo sido atualizada para garantir direitos mínimos trabalhistas a estes trabalhadores.

O teletrabalho é espécie de labor realizado à distância ou fora da unidade do empregador, não apenas aquele realizado do domicílio do empregado.

Outra alteração na CLT que podemos citar vem a ser a inclusão do §1º do artigo 11 com a previsão de inexistência de prescrição de anotações na Carteira de Trabalho do empregado para fins de tempo de serviço e comprovação perante a Previdência Social.

Art. 11.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998)

Também foi realizada alteração na lei trabalhista com a inclusão do § 1º no artigo 58 no ano de 2001:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

§ 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

Alteração que beneficia aos empregadores já que por força legal não seria considerada hora extraordinária, nem mesmo poderia ser descontado os 5 minutos excedentes, com limitação de 10 minutos diários.

No mesmo artigo tivemos no ano de 2001 a inclusão do § 2º para trazer proteção aos trabalhadores que laboravam em locais de difícil acesso ou não servidos de transporte público, considerando esse percurso tempo à disposição do empregador, logo sendo computado na jornada de trabalho.

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

No ano de 2017 essa proteção foi retirada, pelo menos no texto legal, com a nova redação dada pela lei 13.467/17:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

No ano de 2012 e em 2015 a CLT ganhou a inclusão de normas próprias aos motoristas profissionais na seção IV-A, prevendo direitos e deveres desses profissionais, tais como o dever de zelo na direção do veículo, o dever de zelar pela carga, o dever de se submeter a exames toxicológicos, o direito de jornada de trabalho adequada, entre outros.

Art. 235-A. Os preceitos especiais desta Seção aplicam-se ao motorista profissional empregado: (Redação dada pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

I - de transporte rodoviário coletivo de passageiros; (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

II - de transporte rodoviário de cargas. (Incluído pela Lei nº 13.103, de 2015) (Vigência)

Recentemente no ano de 2016 a CLT também passou por alteração para que houvesse o afastamento da empregada gestante ou lactante dos locais insalubres artigo transcrito abaixo, como forma de preservação da saúde do feto.

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (Incluído pela Lei nº 13.287, de 2016)

Contudo, com a lei conhecida como reforma trabalhista novamente houve alteração legislativa para possibilitar o labor a estas empregadas na condição de gestante ou lactante.

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Esses são alguns dos exemplos de inclusão ou modificação em seu texto, sem contar as inúmeras previsões que já foram revogadas.

No site² da Câmara temos o texto original da CLT em simples comparação com o texto atual do site do planalto³ verificamos quanto a CLT não mais representa o texto original do ano de 1943.

Assim, atualmente temos na CLT vigente em suma os seguintes direitos aos trabalhadores empregados: anotação em Carteira de Trabalho, anotação no livro de registro de empregados, limitação de jornada de trabalho já flexibilizada por alteração legislativa, previsão descanso entre jornadas e interjornada, adicional por labor em jornada noturna, normas próprias aos teletrabalhadores, direito ao salário mínimo e remuneração condizente com seus reflexos, férias individuais e férias coletivas, higiene e segurança do trabalho, adicional pelo labor em condições insalubres ou perigosas, direito a equipamentos de proteção individual, indenização por dano extrapatrimonial, jornadas especiais para algumas categorias como os motoristas, ferroviários, jornalistas, trabalhadores de minas de subsolo, professores, entre outros, normas de proteção especial as mulheres, proteção à maternidade, proteção aos menores e aos aprendizes, rescisão do contrato de emprego, aviso prévio da rescisão, direito a representação sindical, e ao acesso à Justiça do Trabalho com toda a previsão processual constante na CLT.

Em verificação dos direitos nesta legislação previstos em comparação com os previstos na Constituição Federal é possível apontar que muitos estão previstos em ambos os institutos legais.

Contudo, é por meio da CLT que esses direitos são regulamentados, posto que a CF não possui previsão de sua aplicação prática, já que não é o seu escopo.

Dessa forma, com a simples revogação da CLT termos o esvaziamento da regulamentação dos direitos trabalhistas fundamentais dos empregados brasileiros, e com a extinção da Justiça do Trabalho virá a extinção da necessidade do respeito a tais normas, posto que não haverá órgão especial conhecedor destas normas e ágil para fazer cumprir tais direitos mínimos.

2BRASIL. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

3BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Importante pensar que a legislação e sua atualização deve acompanhar os fatos da vida, para que seja eficaz e própria ao momento histórico de uma população e de um país, e infelizmente o Brasil não é atualmente local onde a grande maioria das empresas respeitam os direitos mínimos trabalhistas para que possamos ficar sem regulamentação protetiva mínima aos empregados.

Nos exemplos acima do conteúdo da nossa legislação atual podemos apontar que a mesma foi atualizada durante o tempo, mesmo entre erros e acertos.

Logicamente que em muitos pontos a reforma trabalhista do ano de 2017 em muito deixou a desejar, já que podemos observar severa agressão inclusive ao texto constitucional e as normas internacionais, mas não podemos dizer que a atual CLT como um todo seja uma legislação que não cumpre o seu papel social o da pacificação nas relações de trabalho.

4 FLEXIBILIZAÇÃO X DESREGULAMENTAÇÃO

A legislação brasileira o longo dos anos passou por flexibilização na regulamentação dos direitos mínimos dos empregados, seja pela necessidade dos próprios empregados em algumas vezes, seja pela necessidade do empregador na maioria das vezes.

A flexibilização pode ser necessária ao avançar da humanidade e das relações de trabalho, mas muito cuidado deve ser tomado para que ela não beire ou se transforme em simples desregulamentação quando a violação ainda persiste e é prejudicial às garantias mínimas do homem.

Entendemos por flexibilizar a redução de direitos para que a empresa possa continuar ativa, mas em contra partida direitos mínimos devem ser assegurados aos empregados. Logo, para flexibilizar é importante respeitar o mínimo e poder modificar o que determinado empregado recebe de extra-direitos.

De forma prática, é uma tarefa difícil já que não é muito comum que os trabalhadores brasileiros tenham muitos direitos extras em comparação aos direitos mínimos assegurados pela Constituição Federal.

Contudo, há quem entenda de forma diversa como conceituação de flexibilização de direitos o que pode chegar a beirar a desregulamentação ou ainda se tornar a própria.

A Constituição Federal em seu artigo 7º incisos VI, XIII, XIV prevê autorização para flexibilização de certos direitos.

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

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

[...]

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...]

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Há previsão de flexibilização atualmente também prevista expressamente na CLT com a reforma trabalhista no artigo 611-A, sendo que alguns pontos em temas não autorizados pela Constituição Federal os quais tive a oportunidade de escrever na obra sobre a Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo juntamente com o professor Rodrigo.

Importa anotar que a desregulamentação seria a ausência de controle estatal e a retirada de norma

de proteção que implique em campo livre de atuação dos contratantes em face do trabalhador, o que é muito perigoso ante a evidente possibilidade de se ferir a dignidade do trabalhador, já que é necessário o controle entre o poder econômico e a dignidade da pessoa humana.

Há quem pense diferente e defenda a autonomia total da vontade das partes nas contratações de trabalho, em qualquer ramo, e em todas as formas de contratação.

Contudo, penso que este modelo seria o ideal de uma humanidade evoluída, em que todos respeitassem os direitos inerentes da própria condição humana, mas infelizmente não conheço nenhum país que conseguiu desenvolver seres humanos com educação e senso de justiça tão aguçado que todas as normas protetivas já sejam parte integrante de seu ser sem a necessidade de que estejam reguladas externamente.

No mais, o capital necessita de freios para que normas mínimas de higiene segurança, remuneração e tantas outras necessidades humanas dos trabalhadores sejam garantidas e não “vendidas” para maior lucro como ocorre no *dumping social* nas relações de trabalho.

Essa função, de freio é exercida atualmente e principalmente pela Constituição Federal, pela CLT e pelas normas internacionais as quais o Brasil é signatário, também é exercida de forma prática pela Justiça do Trabalho.

5 A FUNÇÃO SOCIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO RAZÃO DE SUA EXISTÊNCIA

Como meio de proteção nas relações de trabalho além da legislação e normas temos no Brasil a Justiça do Trabalho que possui previsão na Constituição Federal seção V artigos 111 ao 116.

Este ramo especializado da Justiça em nosso país possui competência para processar e julgar as causas que envolvam as relações de trabalho em todo o território nacional nos moldes do artigo 114 da Constituição Federal.

Possui os seguintes órgãos: TST, TRTs, e juízes do trabalho.

Muitos afirmam que esta Justiça não possui razão de existir, que é demasiadamente protecionista, e que ela estaria causando prejuízos ao desenvolvimento econômico das empresas, sendo estes argumentos inclusive os colocados pelo atual governo e o anterior.

Contudo, o que verificamos na prática vem a ser que a Justiça do Trabalho busca fazer cumprir o mínimo legal garantido aos empregados e aos trabalhadores brasileiros lato senso, já que não podemos nos esquecer ser esta mesma Justiça quem aprecia as relações de trabalho sem vínculo empregatício e que não se enquadrem na relação de consumo.

Assim, tendo a CLT como vimos a previsão de direitos mínimos básicos regulamentados e que em sua maioria também estão previstos na Constituição Federal, a Justiça do Trabalho basicamente garante o respeito aos mesmos.

Logo, as ações que encontramos tramitando junto a Justiça do Trabalho em sua maioria versam sobre falta de pagamento de direitos mínimos e básicos, que nem mesmo com o fim da CLT deixarão de existir, tais como férias, 13º salário, aviso prévio, adicional de insalubridade e periculosidade, salário mínimo ou piso da categoria, respeito à jornada de 8º diárias e 44ª semanais, entre outros.

Nesse sentido é a divulgação do CNJ em números 2018⁴:

4 BRASIL. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Figura 1: Assuntos mais demandados

Trabalho		
1.	DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
2.	DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
3.	DIREITO DO TRABALHO - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
4.	DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
5.	DIREITO DO TRABALHO - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)

Assim, se existem muitas demandas na Justiça do Trabalho sendo distribuídas anualmente e na sua maioria com provimento dos pedidos, que necessitam de provas para ser providos, significa que muitas empresas infelizmente não vem respeitando o mínimo de direitos de um trabalhador.

Em números, e embora a Justiça do Trabalho tenha alta demanda, é o ramo do judiciário brasileiro mais eficiente seja no aspecto de duração razoável do processo em comparação aos demais ramos do judiciário do país, seja como ramo do judiciário que mais arrecada contribuição previdenciária em suas decisões.

No mais, há muito tempo não se pode dizer, se é que algum dia se pode, que é uma justiça protecionista ao trabalhador, no sentido de que ganham ações sem ter comprovado o direito. Isso porque, o sistema processual trabalhista que é complementado pelo sistema processual civil quando há lacunas, é categórico quanto à necessidade de provas para o provimento dos pedidos, e também possui previsão de punição aos excessos como a litigância de má-fé.

Outrossim, em números o CNJ⁵ divulgou que as empresas que são mais reclamadas na Justiça do trabalho no país são as empresas ligadas ao governo sendo as 5 primeiras:

Figura 2: Maiores litigantes no TST

Ranking das Partes no TST (até a colocação geral 200^o) – Situação em 30/11/2018

Ranking	Nome da Parte	Polo Ativo	Polo Passivo	Total
1 ^o	PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS	6.712	3.236	9.948
2 ^o	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF	2.920	5.859	8.779
3 ^o	BANCO DO BRASIL S.A.	4.338	3.963	8.301
4 ^o	UNIÃO			
	PROCURADORIA-GERAL UNIÃO	2.257	1.432	3.689
	PROCURADORIA-GERAL FEDERAL	782	2.510	3.292
	PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL	430	403	833
	TOTAL	3.469	4.345	7.814
5 ^o	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT	3.739	2.021	5.760

Assim, verificamos que certamente deve interessar ao governo acabar com justiça do trabalho, já que de certa forma é o maior cliente dela de forma direta ou indireta.

Já aos demais empresários que respeitam a legislação trabalhista, a Justiça do Trabalho pouco os incomoda, lhe incomodando certamente a excessiva carga tributária, o dumping social nas relações de trabalho das grandes empresas descumpridoras da lei e a concorrência desleal, a burocratização na abertura de empresas, os inúmeros formulários fiscais, previdenciários que devem enviar ao governo, entre outros assuntos.

5BRASIL. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/maiores-litigantes>>. Acesso em: 10jan.2019.

No ano de 2017 já tivemos o enfraquecimento da justiça laboral com a limitação ao seu acesso aos trabalhadores, ante a sucumbência implantada pela reforma trabalhista em texto contrário a Constituição Federal na medida em que o trabalhador ainda que beneficiário da justiça gratuita acaba por ter de arcar com o ônus da sucumbência, independente de má-fé, apenas pelo simples fato da improcedência de algum pedido.

Sobre esse tema brilhantemente o professor e advogado Rodrigo Arantes Cavalcante pontuou em artigo publicado na Revista eletrônica Conjur⁶:

Com a nova lei o trabalhador pode ingressar com uma ação trabalhista por ter seu direito realmente violado, não conseguir provar e ainda sair devedor, o que muito se assemelha com a coisificação do trabalhador de séculos passados.

No mais, a nova regra não é boa nem mesmo ao Estado Democrático de Direito, ante a inibição ao acesso ao Poder Judiciário devido a este temor que vem sendo inculcado aos trabalhadores, que visa e poderá ocasionar o fim da Justiça do Trabalho.

Afinal quem precisa procurar uma "Justiça" se a pessoa que não puder comprovar direito ainda sai com conta para pagar? Portanto, se a Justiça do Trabalho se tornar ineficiente para os fins aos quais foi criada, de fato será desnecessária, por ausência de demandas ou ainda por ausência de finalidade.

Isso porque a maioria das ações trabalhistas tem como resultado a procedência parcial da ação, ou seja, o trabalhador via de regra obtém êxito em parte de seus pedidos, principalmente porque via de regra as questões versam sobre matérias de ordem fática, e nem sempre o trabalhador possui todas as provas necessárias no momento da audiência, seja pela demora na marcação da mesma, seja pela própria dificuldade da prova de determinados fatos.

Recentemente neste início de 2019 verificamos declarações políticas no sentido de ser necessária a extinção da Justiça do Trabalho, já que a mesma segundo a visão destes seria a causadora da crise econômica do Brasil, em resposta várias manifestações e atos ocorreram em todo o país.

Contudo, podemos afirmar que a Justiça do Trabalho no Brasil é de suma importância para a pacificação dos conflitos entre empregado e empregador, posto que sendo ela inexistente ou morosa esses conflitos seriam resolvidos com a antiga forma de resolução: a autotutela, das mais variadas formas legais como as greves, e até mesmo formas mais agressivas e ilegais, pois onde não há o Estado eficiente há lugar inclusive para o crime.

6 CONCLUSÃO

Como vimos neste artigo, cabe a sociedade e principalmente aos operadores do direito a reflexão dos motivos da criação do direito do trabalho quando se pense ser ele o entrave para crescimento econômico de grandes empresas, nunca deixando de lado seu norte criador e seus princípios básicos quando da feitura de novas normas ou supressão de direitos.

O princípio da proteção segundo Américo Plá Rodríguez é a razão de existir do direito do trabalho e, qualquer retrocesso a esse direito conquistado por longos anos e com o suor e até mesmo com a vida de diversos trabalhadores é não respeitarmos a história e a memória destes.

Portanto, não podemos confundir a necessidade de evolução do direito do trabalho com o corte de direitos fundamentais, como manto de fundo a necessidade de crescimento das empresas e indústrias, já que para isto muito mais eficaz seria a criação de incentivos fiscais e não cortes aos direitos básicos, que se certo iria acabar sobrecarregando em um futuro não muito longínquo a própria segurança social, bem como a produção das próprias empresas.

⁶ ARANTES, Rodrigo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Sem o direito do trabalho e sem a Justiça do Trabalho a única coisa que teremos no Brasil será o desrespeito a dignidade do trabalhador e a ausência de paz social, como já disse Luiz Gonzaga do Nascimento Júnior:

“E sem o seu trabalho
O homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata.”

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rodrigo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-su-cumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/maiores-litigantes>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b-383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; DO VAL, Renata. **Manual de iniciação do advogado trabalhista**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.

_____. **Reforma trabalhista comentada artigo por artigo**: de acordo com princípios, Constituição Federal e tratados Internacionais. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

LA OCASIÓN COMO ELEMENTO ESCENCIAL DEL ACCIDENTE DE TRABAJO EN ITALIA Y SU ENFOQUE JURIDICO-LEGAL EN SUDAMÉRICA

THE OCCASION AS AN ESSENTIAL ELEMENT OF ACCIDENT AT WORK IN ITALY AND ITS LEGAL APPROACH IN SOUTH AMERICA

Irving Aldo Rojas Valentino¹

Resumen: El presente artículo nos brinda un alcance mayor respecto a la ocasión como requisito fundamental en la definición y determinación del accidente de trabajo, su desarrollo histórico y su definición actual en Italia y en parte de Europa; partiendo de los parámetros dictados por la doctrina civilista, su concepción en los primeros años dentro del seguro social y su redefinición junto al mayor alcance que viene teniendo el riesgo profesional como objeto de la tutela del seguro en referencia. Así también se da una percepción de como el concepto de ocasión de trabajo viene siendo considerado en Sudamérica, tanto a nivel legislativo como jurisdiccional y su impacto en lo social.

Palabras claves: Accidente de trabajo. Causa. Ocasión. Seguro social. Riesgo profesional.

Abstract: This article gives an overview about the occasion as a fundamental requirement for the definition and determination of the work accident, its historical development and current definition in Italy and part of Europe; starting from the parameters dictated by the doctrine of civil law, its conception in the first years within social security and its redefinition together with the greater scope of work-related risk as the object of the protection of the social insurance. There is also gives a perception of how the concept of work occasion, is being considered in South America, both at a legislative and judicial and its impact on social issues.

Key words: Accident at work. Cause. Occasion. Social security. Occupational hazard.

¹ Profesor de la Universidad de Milán. Doctorando del PhD en Ciencias Jurídicas en la Sapienza - Universidad de Roma, Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales por la Universidad de Milán, con posgrado en Perfeccionamiento y Alta Especialización en Derecho Laboral por la Universidad de Milán. Con estudios de pregrado realizados en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado. Email: irving.rojas@unimi.it, irving.rojas@uniroma1.it.

1 INTRODUCCIÓN

La problemática de una adecuada definición de accidentes de trabajo, así como las correspondientes tutelas sanitarias y económicas que a partir de este evento se derivan, nos llevan a centrarnos en uno de los supuestos que aún no se encuentra clarificado del todo, al menos a nivel sudamericano, en su conceptualización y alcances, como es el caso de la ocasión como requisito elemental en la configuración del accidente de trabajo.

Debido al pragmatismo predominante, una interpretación histórica ligada a los conceptos tradicionales de la doctrina civilista y porque no decirlo, parcializada, al nivel de lograr encuadrar el supuesto de la ocurrencia del accidente de trabajo, no bajo los preceptos propios del Derecho Laboral, sino más bien buscando otorgar cierta garantía proteccionista, tanto al empleador como a la actividad laboral propiamente dicha, frente a este tipo de infortunios, en el entendido que fomentar la industria, a todo costo, es el único camino al desarrollo. Esta visión práctica ha hecho que en Sudamérica el alcance proteccionista de la ocasión de trabajo no haya logrado mayor impacto.

Tanto la doctrina como de la jurisprudencia sudamericana se han inclinado mayoritariamente en darle una misma connotación al supuesto de la ocasión de trabajo con el de la causalidad, en la relación con la actividad laboral como causa objetiva y directa del accidente de trabajo, entendiéndolo de manera análoga ambos supuestos y llegando a concebir la idea que el trabajo no solo es fuente de riquezas sino también de accidentes. La causalidad ha sido por años el único supuesto imperante, tanto para el criterio de las entidades aseguradoras como a nivel jurisdiccional, es así que, en nuestros ordenamientos, cuesta concebir la idea de alguna forma de accidente de trabajo que no esté directamente relacionada con el desarrollo de la actividad laboral propiamente dicha; es por ello que, por ejemplo, muchas legislaciones latinoamericanas, a fin de otorgar una mayor protección a su clase trabajadora, han empezado a incluir en sus legislaciones nacionales al accidente *in itinere* como un tipo "especial" de accidente de trabajo, dejando de lado el supuesto ocasional que lo origina o, peor aún, hay legislaciones que directamente excluyen este tipo de accidentes, a pesar que dentro de su definición de accidente de trabajo se encuentra el supuesto de la ocasión.

No es poca la jurisprudencia en la región que ha sancionado de manera reiterativa la posibilidad de la existencia de accidentes de trabajo que no resulten indemnizables, menos aún resarcibles, esto porque resuelven en base a los principios que regulan la responsabilidad civil, en tanto, al no poderse acreditar el incumplimiento del deber de seguridad del empleador, la conducta antijurídica o la culpabilidad, no acogen la pretensión del trabajador accidentado o, en un extremo mucho más radical, amparan la pretensión del trabajador señalando que el daño producido por el accidente de trabajo amerita una suposición del incumplimiento de las normas de prevención del empleador, subrogándose así en el lugar del legislador, buscando otorgar cierto nivel de protección a los trabajadores, creando precedente vinculantes de obligatorio cumplimiento, pero sin ningún respaldo doctrinal o normativa, hecho que provoca una inseguridad jurídica.

Ante esta situación tenemos que esclarecer el supuesto de la ocasión como parte integrante de la definición de accidente de trabajo, que lo encontramos literalmente presente en muchos de nuestros ordenamientos jurídicos sudamericanos y en otros tácitamente contenido en sus propias normas, señalando los lineamientos que motivaron su inclusión como un requisito esencial en la configuración del accidente de trabajo, en países su alcance dimensional ha podido ya verse (y continua en constante evolución), al conseguir desplazar eficientemente a la relación causal entre trabajo y accidente, distanciando al concepto de ocasión, desde hace más de un siglo, de los criterios que regulan la responsabilidad civil, fundamentalmente gracias a la inclusión del seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Debemos de tener en claro que, cuando hablamos de accidente de trabajo y de riesgo profesional, como (ahora sí) la causa que lo origina; a pesar de las medidas de protección que el empleador pueda aplicar durante las prestaciones laborales, en mérito del sistema de prevención, a pesar del equipamiento de seguridad de protección laboral que este pueda brindar y que día a día va evolucionando;

siempre existirá, así sea mínimo, un riesgo relacionado directa o indirectamente con la actividad laboral, que será generatriz de un accidente (nos referimos al riesgo y no al trabajo), para ello se requiere también una tutela acorde a la naturaleza del infortunio, más aun para aquellos accidentes producidos dentro del supuesto de la ocasión de trabajo, cuya relación con la actividad laboral no es causal pero si teleológica, los cuales, para nuestras realidades, aún se encuentran en un limbo, en relación con su encuadramiento profesional.

Es así que, bajo este supuesto, se puede llegar a establecer una tutela mucho más amplia y garantista contra los accidentes de trabajo, en favor del trabajador, incluso en los supuestos en los cuales el empleador llegue a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones emanados del contrato de trabajo (normas de prevención, seguridad, etc.), estando a que, a pesar de cumplir con todas ellas, el trabajador siempre, de alguna forma, continuará expuesto a algún tipo de riesgo que puede ser hasta genérico pero conexo, por la ocasión, con la prestación laboral que ejecuta.

2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA OCASIÓN DE TRABAJO EN ITALIA

La dramática situación del trabajo que se presentó durante la década de 1870 y 1880 en Europa, debido al fenómeno de industrialización, llevó que sobre él se desarrolle, no solo a partir del enfoque de la clase política sino de un profundo análisis de la doctrina, una reflexión teórica en relación a la tradicional lectura de los principios que en tema de responsabilidad civil resultaban aplicables en dicho momento a los accidentes de trabajo², que de manera exponencial iban en aumento a fines del siglo XIX.

El primer escollo por superar era la imposición normativa que en materia de responsabilidad civil establecían las legislaciones internas en Europa, que imponían, en su mayoría, al trabajador accidentado la insuperable y desgastante tarea de la acreditación probatoria de la culpa del empleador en los accidentes de trabajo³. El principio del derecho romano "no hay responsabilidad sin culpa" resulta funcional a la lógica igualitaria de la sociedad burguesa y a la exigencia estática de los mercados de ese tiempo; todo lo contrario, resulta profundamente inidóneo su aplicabilidad al interno de la sociedad industrial, debido a la grave desigual presente en aquel momento.

Se busco un tentativo a la solución de dicha problemática, sentándose las bases en un debate que posibilitara la integración de los criterios de imputabilidad de la responsabilidad civil, pasando de una posición radical a una propuesta de efectuar, en el caso de los accidentes de trabajo, la inversión de la carga de la prueba y de la responsabilidad contractual; hecho que llevo a la doctrina civilista a denunciar, en voz alta, la intención de querer confundir la cuestión social con la jurídica (FUSINATO, 1921).

2 Este conflicto de responsabilidades fue provocado por el desarrollo de las sociedades industriales. A mediados del siglo XIX parecía que las categorías de derecho civil eran insuficientes para abordar los problemas de la industrialización. Se imponía el desarrollo de una legislación industrial propia y adecuada, que pudiera hacer frente a los principios que regulaban la responsabilidad civil; al respecto cfr. EWALD, François (1987). *Assurance Sociale, en L'etat providence*, Livro III, Bernard Grasset, Paris, p.225.

3 Para los ordenamientos jurídicos, codificados y no codificados del siglo XIX, el sistema de la responsabilidad civil se funda en estas reglas principales:

- a) No puede haber responsabilidad si no se acredita la culpa o el dolo del sujeto agente (la culpa viene a ser considerada como un presupuesto necesario de la responsabilidad civil).
- b) El concepto de culpa sobre el cual se hace referencia identifica principalmente al comportamiento subjetivo caracterizado a partir de la negligencia, imprudencia, impericia, y a implicancias morales (el acto culposo viene a ser equiparable a un acto moralmente reprobable).
- c) Las reglas de la responsabilidad civil, que disciplinan el acto ilícito culposo, asumen una función "sancionatoria" de la culpa (y cumplen, además, una función "intimidatoria" dirigida a prevenir eventuales comportamientos dañosos).
- d) las reglas de responsabilidad civil señalan que solo los actos que una persona realiza (voluntariamente, con intención o por negligencia) pueden resultar en una sanción en su contra. Es, en otras palabras, el principio que "cada uno actúa bajo su propio riesgo", que derivan de las normas codificadas en los ordenamientos de la Europa Continental y de las normas del common law. Aquellos que actúan bajo su propio riesgo son libres de actuar (pero deben asumir las consecuencias de sus acciones, si ellas causan a terceros daños por culpa). Para un mayor estudio al respecto cfr. ALPA Guido, BESSONE Mario (2001). *La responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, p. 25.

Luego se desarrolló la teoría del riesgo profesional, representando el primer tentativo de elaboración teórica de la responsabilidad objetiva por riesgo de empresa; su concepción no era "absoluta", tanto el caso fortuito como la fuerza mayor quedaban fuera de los límites de su aplicación, al ser determinado por factores externos que no se podían ser comparados con otros eventos que fueran predecibles por el empleador. Respecto los accidentes imputables a la culpa del trabajador, la solución fue una propuesta parcial de inclusión al riesgo profesional, téngase en consideración que, para la época, muchos de los factores que llevaban a la negligencia del trabajador eran originados por las peligrosas condiciones en las cuales se laboraba, haciendo aún más difícil la tarea de distinguir entre la culpa imputable al trabajador del riesgo inherente de la empresa (LUDOVICO, 2012, p.7-20).

En Italia, el establecimiento de la ocasión como elemento esencial en el accidente de trabajo, surge a partir del debate originado por la dación de la Ley N° 80, de fecha 17 de marzo de 1898, promulgada por el Rey Umberto I, que sancionaba en su artículo 7: "El seguro debe ser realizada a costo del empleador o dueño de la empresa, industria o constructora para todos los casos de muerte o lesiones personales proveniente de un accidente, que ocurra por causa violenta, en ocasión del trabajo y cuyas consecuencias tenga una duración mayor de cinco días (de reposo)".

El seguro obligatorio, a la que refiere la ley antes descrita, debe su construcción doctrinal a una suerte de compromiso social entre el empleador y los trabajadores. A los primeros, se les imponía el pago de una póliza, concediéndoles a cambio, la especial regla de la exoneración de la responsabilidad civil; mientras que, a los segundos, se les ofrecía la garantía de una atención inmediata, incluso en casos en que el evento no resultase imputable al empleador, hecho que llevaba a la correspondiente pérdida del derecho al reintegro del resarcimiento del daño⁴. Si bien el seguro fue obligatorio e impuesta por ley, esta quedaba condicionada al regular cumplimiento por parte del empleador, con el riesgo para el trabajador que, ante la falta del pago de la póliza correspondiente, este último quedaba totalmente desprotegido (MORI, 1950, p.466; HERNÁNDEZ, 1972, p.36; AGNELLI, 1902).

Posterior a ello, tanto a nivel jurisprudencial⁵ como doctrinario⁶ coexistió la noción que para la configuración del accidente de trabajo tendría que darse el supuesto que el trabajo se presentase como causa eficiente, directa o indirecta del accidente⁷.

Eran otros momentos, en los cuales los diversos ordenamientos europeos buscaban darle a la actividad laboral y el accidente de trabajo una relación causal, originada históricamente por la teoría de la responsabilidad civil del empleador, quien tenía entre otras deberes, la obligación de la seguridad del

4 Según la opinión tradicional, la comparación entre resarcimiento e indemnización debería ser hecha por individuales tipos de daño, debiendo distinguirse el daño "diferencial" del daño "complementario"; a la primera categoría deberían pertenecer los tipos de daño incluidos por el seguro obligatorio, por las cuales la eventual diferencia respecto a las prestaciones sociales podrían ser resarcidas nomas en caso de superarse la regla de la exoneración; al contrario el daño complementario debería ser reconducido a los tipos de daños que están fuera de la seguridad social y que como tales serían resarcibles según las reglas de la responsabilidad civil; para un mayor estudio cfr. LUDOVICO, Giuseppe (2017). Origen y evolución del seguro obligatorio de accidente de trabajo y enfermedades profesionales en Italia, en Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 8, N° 15, pp 13-36.

5 La Corte de Milano sostenía que el trabajo tendría que constituía la causa directa del accidente, al respecto cfr. Sentencia de fecha 18 de noviembre de 1901, en Foro italiano, 1902, I, 1402; mientras que la Corte de Casación de Firenze, restringían la producción del accidente a la ocasión del trabajo, cfr. Sentencias de fecha 18 de enero de 1904, en Temi, 1904, 93 y 96.

6 Al respecto PATERI señala que "el accidente es resarcible en cuanto sea por causa eficiente, directa o indirecta del trabajo", citado por CARNELUTTI, Francesco (1913). Infortuni sul lavoro, I, Athenaeum, Roma, p. 213.

7 Asimismo, por su parte, el legislador francés formuló la Ley de fecha 9 de abril de 1898, que en su artículo 1 expone respecto de los "accidents survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail". Lo que resulta relevante para el análisis aquí son los "accident survenu par le fait du travail", en el entendido que son los accidentes que tienen por causa directa el trabajo; mientras corresponde a la denominación "accident à l'occasion du travail" a todos aquellos accidentes que no entran en el supuesto en el cual el trabajo no es causa directa, sino solo causa ocasional. Evidentemente la hipótesis de "accident survenu par le fait du travail", entendida en este modo, es lógicamente errada; o en el mejor de los casos inútil, por el simple hecho que el *fait du travail*, es una supuesto limitado, el cual se encuentra dentro de la *occasion du travail*, que tienen un alcance mucho más amplio. Al respecto Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *ibidem*, pp. 216-217.

trabajador⁸, es así que se emerge la expresión “deudor de seguridad”⁹; ya en esa época se había podido observar que la obligación de empleador de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad por parte de sus trabajadores resultaba insuficiente, como fue en el caso de la legislación uruguaya de 1914¹⁰, por lo que se buscó darle otro sentido a partir justo de la relación ocasional entre accidente y trabajo.

Volviendo a la legislación italiana antes descrita, para la ocurrencia del accidente laboral, este debe producirse en ocasión del trabajo. Ocasión no es causa -nos señala la doctrina- o al menos no es causa eficiente. La terminación de la antítesis filosófica y común de la causa eficiente es la causa ocasional¹¹. Exigir que el trabajo sea causa directa o eficiente del accidente, es una posición abiertamente contraria a lo dictado por la referida ley, argumento que se condena por sí solo. Es más, no solo es contraria a la disposición legislativa, sino a la entidad lógica de la relación, que puede hallarse en medio del trabajo y del accidente. A partir de la génesis del accidente, el trabajo asume una función de causa ocasional (ocasión), no de causa eficiente (causa); que asuma esta última posición, no es tanto porque la ley no quiere, sino que no puede. Por lo demás, basta solo un poco de sentido común, sin siquiera realizar un mayor análisis, el trabajo no es por sí solo, un actor o un generador de accidentes, ni prepara el escenario para que baste un solo hecho extraño que determine la manifestación de un accidente, tiene que ocurrir siempre la intromisión de un elemento diverso, perturbador del normal desarrollo del trabajo¹² para que el accidente suceda, y en este elemento diferente o en esta serie de elementos diferentes esta la real causa eficiente del accidente, que es la lesión por causa violenta (CARNELUTTI, 1913, p. 214-216).

Es así como, si el evento ocasional es aquel que provoca la ocurrencia de un efecto determinado, es decir que pone en condición una determinada causa para la producción de un determinado efecto, tal evento ocasional frente al accidente será el trabajo; esto claro, cada vez que el trabajo sea el hecho que determina la producción del accidente. Si la producción del accidente resulta de la combinación de dos elementos: el evento capaz de producir la lesión violenta y la persona del trabajador capaz de recibir esa lesión, aún se podrá decir que el trabajo es la causa ocasional (ocasión) del accidente, toda vez que este determina la combinación de esos dos elementos. Dicho en otras palabras, es el trabajo que determina la exposición del trabajador a la acción de dicho evento ocasional. Asimismo, la exposición del trabajador a la acción de los eventos capaces de producir en él lesiones, se denomina más adecuadamente como riesgo profesional.

8 El fundamento mayor de la obligación de seguridad se halla en el derecho del trabajador a la vida e integridad física, merecedor de la más elevada tutela; al respecto cfr. IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2015). Sistema de prevención de riesgos laborales. 3ª Ed, Editorial Tecnos, Madrid p.136-137.

9 Al respecto cfr. PIC, Paul (1903). *Traité élémentaire de législation industrielle: Les lois ouvrières*, A Rousseau, Paris, p. 752.

10 A este propósito debemos de citar que en Uruguay, la Ley N° 5032 del 21 de julio de 1914, en su artículo 50, se había limitado a establecer la responsabilidad del empleador derivados de su deber de vigilar que todo trabajador de él dependiente cumpla con las medidas de resguardo y seguridad imprescindibles para la protección del personal en el centro de trabajo; evidentemente este simple sistema representativo de la responsabilidad patronal era insuficiente, se necesitaba sobretodo “prevenir” el accidente. En este sentido, entre 1915 y 1935 el Poder Ejecutivo emanó una serie de decretos dirigidos a imponer el uso de los medios de prevención que deberían de ser adaptados a las diversas áreas de la actividad industrial, así fue que se emitió la Ley N° 10004 del 28 de febrero de 1941, que en su artículo 1 estableció “Todo patrono es responsable civilmente de los accidentes que ocurran a sus obreros a causa del trabajo o en ocasión del mismo”, además de establecer el deber del empleador de asegurar al trabajador contra accidentes de trabajo en el Banco de Seguros del Estado.

11 Carnelutti señala que la causa eficiente y la causa ocasional son pensadas como concurrentes a la producción de un (mismo) efecto, la causa ocasional pertenece a la categoría de las concausas: no es toda la causa (de un efecto), es solo una parte de ella. ¿Pero qué parte? Se pregunta Carnelutti- Aquí importa dirigirse al significado de las palabras y recordar también que la causa de la ocasión es la causa de la manifestación exterior de un efecto, el hecho por el cual un efecto potencial se convierte en real. Por ejemplo, para obtener un disparo es necesario tener una pólvora y una chispa, la causa ocasional del disparo es solo la chispa, porque determinar la realización del disparo. La ocasión sería entonces la concausa última, o la condición que completa el núcleo de las circunstancias agentes como causa (eficiente) del evento. Al respecto cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Infortuni sul lavoro*, op. cit, pp. 218- 219.

12 Téngase en cuenta el caso típico de un operario, que hace uso de una maquinaria, la cual el engranaje le cercena una mano o un brazo, aquí también, para que el accidente ocurra debe interponerse un factor extraño, atípico o anormal, que desvía el curso regular del trabajo, puede ser la desatención del operario, algún defecto de la maquinaria, la culpa o el dolo de terceros.

Es así como el concepto emerge más claramente, por lo que corresponde decir que el trabajo otorga la ocasión al accidente, es decir que el accidente que ocurre en ocasión de trabajo sucede siempre que el trabajo determina el riesgo del cual fue consecuencia el accidente. Es así como de un simple análisis lógico del argumento legislativo de la Ley N° 80 de 1898 que se ha podido concluir perfectamente en el concepto primigenio del denominado riesgo profesional; si este es el riesgo, que se manifiesta como consecuencia del trabajo, se concluye también que, frente al accidente que del riesgo deriva, el trabajo no puede asumir posición distinta que no sea la de la ocasión (CARNELUTTI, 1913).

Por ello, cuando se dice que el trabajo determina el riesgo, se entiende que el trabajo debe asumir frente al riesgo una real y propia función de causalidad. Por su parte, es propio del concepto de ocasión que el evento ocasionante sea la causa de la producción del evento ocasionado, en este sentido precisamente se habla de causa ocasional. En la relación recíproca entre el trabajo y el riesgo, se puede con certeza hablar de este como un efecto y de aquel como una causa; mientras, lógicamente, no se puede decir lo mismo entre la relación del trabajo con el accidente. Considérese también la causa como el conjunto de condiciones a partir de las cuales deriva el efecto, no existe dificultad lógica en afirmar que, a partir de la ejecución del trabajo, se deriven una serie de riesgos determinados (riesgos profesionales); mientras que se tendría mucha dificultad, por las razones expuestas, para repetir la misma afirmación colocando al accidente en el lugar del riesgo. El riesgo, es decir la exposición al evento dañoso, deriva directamente del trabajo, sin la participación de otros hechos, no es así en el caso del accidente, porque este es generado sobre todo por un *quid* (evento capaz de producir la lesión corporal violenta), que con el trabajo no tiene nada que hacer. Así, el vínculo que puede darse entre el trabajo y el accidente es constituido por el propio riesgo el cual, generado directamente por el trabajo, hace posible la aparición de aquel *quid* como causa eficiente del accidente (CARNELUTTI, 1913).

La supuesta necesidad de establecer una directa relación causal entre el trabajo y el riesgo condujo a una precisa clasificación de los riesgos¹³ que atestiguaban la naturaleza profesional del evento, admitiéndose solo a la tutela los accidentes provocados por un riesgo específico directo o propio, o a partir de un riesgo intrínseco al desarrollo de la prestación laboral, o de un riesgo específico impropio o genérico agravado, es decir a partir de un riesgo que, aunque privo de una específica connotación profesional, fuese agravado por el cumplimiento de las obligaciones laborales. A falta de una relación de derivación causal con el trabajo, la aplicación de la tutela de del seguro era excluida para los eventos provocados por un riesgo genérico, entendiéndose como tal al riesgo que perjudica indistintamente a cualquier sujeto, sea este trabajador o un simple ciudadano (LUDOVICO, 2014, p. 135).

El riesgo asegurado es un elemento esencial en la estructura del seguro obligatorio, tanto porque es un requisito propio de la función aseguradora, como un requisito, ocurrido el evento, del derecho a las prestaciones correspondientes al accidente de trabajo. La noción de riesgo es dada a partir de la posibilidad, no del evento¹⁴ (SANTORO PASSARELLI, 1948).

La existencia del riesgo, entendida como posibilidad de la ocurrencia de un evento dañoso, condiciona la existencia y la permanencia del vínculo con el seguro, tal existencia es, por lo tanto, para tal efecto, necesaria. No se puede decir lo mismo del evento, cuya ocurrencia aparece, obviamente necesaria, solo para los efectos del derecho a las prestaciones. Desde la óptica del determinismo del accidente de trabajo, es preciso notar que el riesgo asegurado no se identifica con el riesgo profesional normal y típico de las distintas actividades, en donde esto pueda entenderse en modo tal de excluir los actitudes voluntarias (una especie de culpa grave) de los sujetos en la relación laboral, en el sentido que dichas actitudes alterarían o modificarían la estructura del propio riesgo profesional y por ello mismo se lograría excluirlos del seguro obligatorio.

¹³ Para un mayor análisis respecto al riesgo y su clasificación consúltese BARASSI, Ludovico (1954). *Previdenza Sociale e Lavoro Subordinato*. Milano: Giuffrè Editore, p. 257-296.

¹⁴ Por razones propias del presente estudio, corresponde descartar toda posibilidad de relacionar al riesgo con un evento futuro e incierto, como en tal sentido expone la definición BARASSI, Ludovico, *ibidem*, p. 257.

En realidad la definición y el desarrollo del concepto de riesgo asegurado, que deriva de la exposición de la citada Ley N° 80 de 1898, no se limita al riesgo profesional, entendido en sentido antes expuesto, en cuanto no solo se limita a eso, en otros términos, al solo riesgo del accidente inevitablemente relacionado con el ejercicio de la actividad laboral, sino comprende, en el concepto desarrollado por el legislador italiano, a los componentes causales de tal riesgo, componentes de tipo fortuito y componentes relacionados al comportamiento de los mismos sujetos partícipes del seguro (ALIBRANDI, 2002).

Es sobre la noción de evento protegido que corresponde fijar ahora la atención para poder individualizar, más allá de la construcción del concepto de riesgo profesional, el fundamento teórico de la tutela del seguro; muy a menudo descuidada en su valor teórico, la noción de accidente de trabajo expresa un principio de tutela destinado a ascender a lo más alto del ordenamiento y que, en su momento, fue también conducido a los esquemas de la responsabilidad objetiva.

En mérito de aquella noción, reproducida en la legislación italiana en el artículo 2 del Texto único de las disposiciones para el seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, Decreto de la Presidencia de la República N° 1124 del 1965¹⁵, la tutela del seguro contra accidentes de trabajo encuentra su aplicación, ante la producción de cualquier evento ocurrido por causa violenta y “en ocasión del trabajo”, siempre que se hayan producido efectos perjudiciales para la salud del trabajador (daño). Un sistema idéntico al anterior (el expuesto en la Ley N° 80 de 1898) que, diversamente a la responsabilidad civil, no distingue entre los factores causales del evento, reconociendo un particular realce, en comparación con otras aseguraciones, a los componentes etiológicos del caso fortuito, de la fuerza mayor, del accionar de terceros, de la conducta dolosa o culposa del empleador y de aquella culposa del trabajador.

Esta noción delimita así un concepto de riesgo que va más allá los límites de la responsabilidad objetiva, en la medida que no está más interesado en la gravedad del riesgo que, de otro lado, se constituiría en el criterio de imputación. Por tanto, el concepto de riesgo al que se refiere el legislador no está vinculado a la mayor probabilidad de la ocurrencia del evento determinado por la actividad laboral, sino al mayor riesgo de accidente que se cierne sobre el trabajador en la ejecución de sus prestaciones, teniendo la misma trascendencia cualquier evento que ocurra en “ocasión de trabajo”. Es esta relación de ocasión con el trabajo la que permite configurar la profesionalidad del evento y define unilateralmente el concepto, prescindiendo de la imputabilidad que constituye sí, requisito necesario de la antijuridicidad.

A partir de esta noción la jurisprudencia italiana estuvo en grado de aplicar la tutela del seguro obligatorio a cualquier evento generado por un riesgo, incluso genérico, siempre que esté relacionado con el trabajo o a actividades meramente instrumentales ligadas a la ejecución de este, lo que demuestra que la ocasión de trabajo permite identificar el origen profesional del evento del que depende la aplicación de la tutela.

El riesgo profesional, una vez transformado en “*riesgo social*”¹⁶, perdió su connotación como criterio de imputabilidad del hecho antijurídico, superando así el mismo concepto de la imputabilidad y la naturaleza bilateral de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual). Es a partir de este momento en el que se señala históricamente en Italia, el inicio de la Seguridad Social para los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, haciendo que el ordenamiento evolucione hacia un novedoso con-

15 La norma refiere a los expuestos en el artículo 2 del Texto único de las disposiciones para el seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, Decreto de la Presidencia de la República N° 1124 del 1965, publicado en el suplemento ordinario de la Gazzetta Ufficiale N° 257, el 13 de octubre de 1965, que señala: “*El seguro incluye todos los casos de accidentes ocurridos debido a causas violentas durante trabajo, del cual se ha derivado la muerte o la incapacidad permanente para trabajar, absoluta o parcial, o una discapacidad temporal absoluta que llevaría a la abstención del trabajo por más de tres días...*”

16 La metamorfosis de la vieja política de previsión en una política de prevención. La previsión, hasta ese entonces era una virtud individual por excelencia, se convierte en una virtud social y, como tal, sensible a lo que estaba pasando desde hace mucho como una paradoja, una *contradictio in terminis*, de la obligación. El seguro se vuelve obligatorio: las personas están aseguradas, pero eso también significa asegurarse de que estén aseguradas. Transformándola en un riesgo social, la inseguridad de cada uno se convierte en una problemática social. Si la necesidad sigue siendo un asunto individual, la carga de esa necesidad, el peligro que ella representa, es ahora un asunto social. Las causas de la inseguridad, los accidentes, las enfermedades y la vejez tienen un costo social que la sociedad, que ahora tiene el deber de asegurar, debe controlar y, si es posible, disminuir. Al respecto cfr. EWALD, François (1987), *ibidem*, p. 334.

cepto de tutela. Es esta noción unitaria del evento lo que refleja uno de los “aspectos fundamentales y más típicos” de la tutela del seguro obligatorio, expresada en su característica función de seguridad social, distinguiéndose también así, de otro tipo de aseguraciones ligadas a cobertura de la responsabilidad civil (LUDOVICO, 2012: 49-51).

Como hemos expuesto, ya para este entonces era necesario que el evento haya ocurrido no en virtud de, sino con ocasión del desarrollo de su actividad laboral y además de haberse producido en un determinado tiempo y lugar, que expusieran al trabajador al inminente riesgo que produjo el accidente, el cual posiblemente no hubiera ocurrido si el trabajador no hubiera realizado dicha actividad laboral¹⁷. En ocasión del desarrollo de la actividad laboral, como debe ser entendida de manera literalmente la frase “ocasión de trabajo”, es decir, no en la ejecución propia, efectiva y normal de las actividades al trabajador encomendada por la empresa, sino basta una simple conexión con cualquiera de estas actividades. Debiéndose de excluir, a partir de esta interpretación extensiva del concepto, a actividades que, si bien se podrían ejecutar en el mismo centro de trabajo, son totalmente extrañas y ajenas a cualquier actividad ordinaria que realiza el trabajador (BARASSI, 1954, p. 316-317).

En este momento, para la configuración de un accidente producido con ocasión del trabajo no era suficiente que entre el accidente y trabajo subsiste una simple relación cronológica y topográfica, sino que era necesario que el trabajo haya determinado el riesgo, al cual el accidentado ha estado expuesto al sufrir el evento dañoso, haciendo que esta nueva fórmula de interpretación¹⁸, evidentemente, acrecentase más el número de los accidentes de trabajo que resultasen indemnizables.

Durante la década de 1970, algunos conceptos respecto a la tutela del seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo se redefinían, como consecuencia de lo dispuesto en el texto único antes descrito, entre ellos en lo que concierne a la ocasión del trabajo, señalándose como un requisito que caracteriza la profesionalidad del evento¹⁹. Tal característica presupone al mismo tiempo una garantía y un límite respecto al ámbito de la aplicabilidad del seguro obligatorio; garantía y límites que le son inherentes a la misma función del citado seguro contra los accidentes de trabajo, dirigida a brindar al trabajador una tutela diferenciada de aquellos riesgos específicos a los cuales son expuestos debido al normal desenvolvimiento de su actividad productiva.

El enfoque que se le dio a la ocasión del trabajo, en este entonces, presupuso un análisis del determinismo del accidente de trabajo, ya se tenía como un principio adquirido, tanto a nivel de la jurisprudencia y de la doctrina italiana que, en su génesis, para estos tipos de accidentes no solo intervenía el factor “trabajo” en función de la ocasión, sino que concurrían junto a él, otros numerosos posibles componentes causales. Tales componentes, no se identificaban directamente con la causa ocasional, pudiendo ser diversos y de discreta relevancia, para los efectos legales, en la medida en la cual intervinieron en su posición frente a la decisión legislativa. Y si fuera verdad que, en la hipótesis, uno o más de estos componentes causales fuesen excluidos de la ley, la causa ocasional, aunque permanezca igual en su definición típica, tendría un alcance normativo diferente.

17 Según las referencias dadas en Italia, por el Instituto nacional para el seguro contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (INAIL), ya para el año 1948 y solo en el sector industrial, las causas más frecuentes de accidentes de trabajo fueron las siguientes: en un rango de 100 accidentes no mortales: 27.92 son debido al uso de maquinarias industriales, 21.75 a caídas del personal, 12.28 a manipulación de objetos pesados, 12.22 al uso de aparatos de transporte, 9.33 al uso de herramientas, 6.19 a materiales nocivos, 5.34 a caída de objetos pesados, 3.61 a motores y dínamos, 0.03 al ambiente de trabajo, 3.41 a causas diversas; en un rango de 100 accidentes mortales: 25.75 a caídas del personal, 25.75 al uso de aparatos de transporte, 14.48 a caída de objetos pesados, 13.12 a materiales nocivos, 7.35 a manipulación de objetos pesados, 4.78 al uso de maquinarias industriales, 0.86 al uso de herramientas, 0.78 al ambiente de trabajo. Al respecto cfr. PEZZOLI, Liberato (1953). Associazioni sindacali e prevenzione infortuni. En Rivista italiana di previdenza sociale: 429.

18 Así, el Tribunal de L'Aquila, en fecha 1 de febrero de 1948, hace la distinción, en atención al derecho a la indemnización por accidentes de trabajo, que este debe ser reconocidos no solo en el caso obvio de una relación de causalidad entre el trabajo y el accidente mismo, sino también cuando entre el trabajo y el accidente exista una relación ocasional; al respecto cfr. Rivista italiana di previdenza sociale, 1948, 486.

19 Es la ocasión del trabajo que condiciona, de manera típica, el carácter profesional del evento, en cuanto concierne a su particular etiología; es a razón de tal singular etiología que, los accidentes de trabajo y, en mayor medida, las enfermedades ocupacionales asumen la cualidad específica y característica de la profesionalidad, al respecto cfr. ALIBRANDI, Giuseppe (2002). Infortunio sul lavoro e malattie professionali, 11° Ed., Giuffrè Editore, Milano, p. 321.

Este enfoque, de unificación de criterios resulta trascendente, tanto porque evidencia que los componentes causales del evento no se identifican directamente con la causa ocasional y porque demuestra cómo el análisis de la causa ocasional no se agota, definitivamente, con la solución legislativa de establecer el origen del accidente. La determinación del accidente se constituye a partir de la acción de la causa ocasional, la cual se actualiza dentro de los límites de la ocasión de trabajo y también, por esta vía, se profesionalizó a los componentes causales del evento reconocidos por el legislador.

Tales componentes causales fueron, según la normativa italiana de aquel entonces, no solo el caso fortuito, la fuerza mayor, la acción de un tercero, sino que también la culpa del trabajador, así como la culpa y el dolo del empleador. Estos supuestos, que podrían ser los causantes de cualquier riesgo asegurado, no incidían por sí solos en la clasificación profesional del accidente de trabajo, su clasificación tuvo que darse entonces, como se dijo anteriormente, a partir de la ocasión.

Es aquí donde se empezó apreciar la necesidad de efectuar una distinción conceptual, hasta ese momento no advertida, entre la ocasión y estos componentes causales reconocidos por la ley, los cuales, como se indicó, no incidían en la calificación profesional del evento, reflejándose si sobre el riesgo asegurado, en cuando condicionan la posibilidad de la ocurrencia del accidente, ampliándola o reduciéndola. Es por esto por lo que forman parte integral de la noción jurídica del riesgo y, desde luego, del evento como consecuencia de dicho riesgo. Naturalmente, otros supuestos causantes del evento, que no fueron reconocidos por la normativa italiana, no entraron en la noción jurídica de riesgo asegurado y, en consecuencia, tampoco se le otorga la correspondiente tutela. Desde el punto de vista jurídico formal es como si el evento no hubiese ocurrido, nótese que, no subsistiendo la tutela en razón a la causa del evento, no fue posible calificar a este como un accidente de trabajo, así sea que, por supuesto teórico, subsistiese la ocasión de trabajo (ALIBRANDI, 2002).

3 ENFOQUE ACTUAL DE OCASIÓN DE TRABAJO EN ITALIA

Cuando hablamos de la ocasión del trabajo, actualmente, en la doctrina italiana, nos estamos refiriendo a uno de los requisitos elementales para la configuración del accidente de trabajo, no debemos de entenderla ni confundirla con una mera condición causal, como se ha visto precedentemente, esto es una concepción errónea, históricamente superada, sino enfocarla desde la finalidad laborante²⁰ por la cual se produjo el evento, a la que claramente se vienen orientando, ya desde varias décadas, mucho de los ordenamientos jurídicos, que en materia de seguridad y salud en el trabajo, se han venido desarrollando en países económicamente más desarrollados²¹.

20 Es importante señalar que la doctrina alemana, en la década de 1920, ya había expuesto la relación de finalidad entre el trabajo y el accidente; así señala que el accidente debe de ocurrirle al trabajador no "mientras" sino "porque" trabaja, que fue en el enfoque doctrinal que se dio para la determinación del riesgo profesional, para tal fin cfr. SCHULZ, Georg (1928). *Abgrenzung zwischen Unfallversicherung und Krankenversicherung*, Berlín, p. 14.

21 Con idéntica terminología o de significado análogo, en un contexto definitorio más o menos amplio y comprensivo se ha venido usando en diversos ordenamientos jurídicos como: el numeral 1) del artículo 156 de la Ley general de la seguridad social española, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre que señala: "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". El artículo L411-1 del Code de sécurité sociale francés señala que es considerado accidente de trabajo, cualquiera que sea la causa, el accidente ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo a cualquier personal asalariada o laborante, bajo cualquier modalidad o en cualquier lugar, para uno o más empleados. El artículo 7 de la Loi sur les accidents du travail belga del 10 de abril de 1971, señala que es considerado como accidente en el trabajo a todo accidente que sufra un trabajador en el curso y por el hecho de la ejecución del contrato de trabajo y que produzca una lesión. También se considera como accidente de trabajo, el accidente sufrido por el trabajador fuera del curso de la ejecución del contrato de trabajo, pero que es causado por un tercero como resultado de la ejecución de dicho contrato. El accidente ocurrió durante la ejecución del contrato de trabajo, se presume como accidente de trabajo, hasta que se demuestre lo contrario, debido al hecho de la ejecución de dicho contrato. Para la Social Security Act ingles de 1988, entra en el supuesto para otorgar el beneficio de incapacidad por lesiones industriales a cualquier evento involuntario o accidente de trabajo que ha producido una lesión personal a causa o en el curso de la actividad laboral; y en la guía del Department for Work and Pensions (DWP) se explica que un accidente viene a ser considerado en ocasión de trabajo, cuando ocurre porque el trabajador está ejecutando cualquier actividad a la que está obligado por el contrato de trabajo, o porque sus prestaciones implican un particular riesgo, o en actividades de rescate; sin embargo, si el trabajador realiza cualquier actividad a propia iniciativa, contras las directivas empresariales, es considerado accidente en ocasión del trabajo, si tiene como finalidad la propia producción y es ejecutado en el ámbito de sus prestaciones laborales.

Por ello, la comprensión lexical de la palabra ocasión²² nos lleva a pensar inmediatamente en el motivo por el cual algo sucede, en la circunstancia o conjunto de circunstancias que hacen posible la ocurrencia de un evento; estas circunstancias que favorecen la producción de un evento pueden incluso no constituir la causa verdadera y necesaria para su configuración, ni ser siquiera, de manera independiente, suficientemente capaz como para poder desencadenarlo (DE MATTEIS, 2011).

Tampoco podemos pensar en haber logrado determinar su definición, desde una óptica simplista, cuando nos encontramos frente a la existencia de una relación entre el tiempo y/o lugar de la prestación laboral con el accidente mismo, porque podrían intervenir otros factores o circunstancias totalmente ajenas al ambiente de trabajo, a las maquinarias utilizadas o incluso a los propios trabajadores o terceros sujetos a la protección legal contra este tipo de eventos, que podrían conllevar a que no se configure el supuesto y por ende no se aplique la tutela correspondiente al evento (CORSALINI, 2009).

Así, para que un accidente sea considerado de trabajo, a partir del supuesto ocasional, puede originarse incluso a partir de situaciones imprevistas o extraordinarias, de la participación de terceros o por la culpa del mismo accidentado, pero siempre debe ser (no causando, pero sí) "ocasionado" por el trabajo, en el sentido que debe de preexistir una conexión no meramente marginal entre el accidente y la actividad laboral. La pura y simple correlación de tiempo y de lugar con el evento y la prestación laboral no es por sí sola suficiente para la ocurrencia de la ocasión de trabajo, cuando intervienen factores o actividades del todo independientes del ambiente, de las máquinas o del trabajo, que constituyen las condiciones objetivas para la tutela²³.

La transformación de la realidad industrial, junto al desarrollo jurisprudencial y doctrinal, como se ha expuesto, y sobre todo al establecimiento del seguro obligatorio contra accidentes de trabajo que fue una respuesta del legislador italiano frente al alto índice de siniestralidad y a exigencia social de dar cobertura a una problemática que involucraba a todos los ciudadanos, no solo a los trabajadores; así fue que la definición de accidente de trabajo empezó a ser concebido más como un factor de necesidad social que requería una atención inmediata que, un evento generador de responsabilidad, manteniendo este último una relevancia meramente eventual que no se condiciona para nada con la intervención asistencial que requiere el accidente, el cual permanece ligada directamente al evento "ocasionado" por el trabajo, independientemente de su calificación como un hecho antijurídico. Es por este motivo que no se puede dividir la tesis que, expone en el seguro obligatorio contra accidentes de trabajo, el desarrollo más coherente y puro del principio de riesgo profesional.

Lo antes expuesto ha llevado a demostrar las evidentes limitaciones de la lectura tradicional; así, la mismísima jurisprudencia italiana ha iniciado, cada vez más a menudo, a preferir, en el lugar de la acostumbrada exposición carneluttiana, una lectura mucho más amplia de la noción de riesgo profesional²⁴, a la cual pueda reconducirse cada vez que un evento se produzca en ocasión de la prestación laboral.

Del debate doctrinal y legislativo surgió el seguro obligatorio, como el momento culminante de un fatigoso proceso de reforma al cual se arribó, con de la participación de sectores claramente opuestos; por un lado, la fuerte resistencia dogmática a cualquier intervención en la responsabilidad civil y por el

22 Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Español, v. Ocasión: Del lat. *occasio*, -ōnis.

(1) Oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo.

(2) Causa o motivo por qué se hace o acaece algo.

23 Así, la Corte Constitucional Italiana se pronuncia en la Sentencia de fecha 27 de julio de 1989, n. 462, en *Rivista infortuni e malattie professionali*, 1989, v.2, p. 81.

24 El riesgo profesional no fue concebido como una responsabilidad "absoluta" ya que la noción de "caso fortuito o fuerza mayor" asumía la función de delimitar los confines de riesgo de la empresa, quedando así excluidos los eventos "extraños" a la empresa porque, determinados a partir de factores "externos", no eran comprobables con los eventos que pudiera prevenir el empleador, cfr. LUDOVICO, Giuseppe (2012). *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffè Editore, Milano, p. 20.

otro, la apremiante exigencia social de apresurar un remedio general y automático contra los accidente de trabajo; con un efecto innovador y, de alguna manera, sin considerar la radical superación que se dio de los mismo confines de la antijuridicidad y de la responsabilidad civil.

La construcción teórica del riesgo profesional constituyó una respuesta consecuencial a una apremiante exigencia de carácter doctrinal. De hecho, la explicación de la tutela del seguro obligatorio resulta muy apropiada, en tanto no se limitó a exponer una definición del accidente de trabajo que, solo buscarse prescindir de la imputabilidad que podría tener en el ámbito civilista, sino que buscó establecer el simple requisito de nexo ocasional con el trabajo (LUDOVICO, 2012).

Es así que, según esta perspectiva, incluso los accidentes imputables a un riesgo impropio, no intrínsecamente relacionados con el desarrollo de las prestaciones típicas del trabajo, sino a una actividad preparatoria o instrumental con el desenvolvimiento de las referidas prestaciones y conexos al cumplimiento de las exigencias laborales, deben también entenderse como ocurridos en ocasión del trabajo, incluso si están determinados por simples riesgos genéricos no provocados o agravados por las condiciones de trabajo.

Por ello, la noción de riesgo profesional viene a ser directamente identificada ahora en la relación de instrumentalidad con la actividad laboral, en el sentido que, distinto a la orientación tradicional, la tendencia actualmente mayoritaria deduce el origen profesional del evento, a partir de la simple conexión de finalidad subsistente con la actividad laboral y que en razón de la “falta de libertad” que deriva de la obligación del trabajador de adecuar su propia conducta dentro de los horarios de la prestación²⁵. Deriva de ello, con una clara posición, distinta al enfoque tradicional, que la mera coincidencia con la actividad laboral es por sí sola suficiente a justificar la indemnización del evento, salvo que la presencia en centro de labores sea debida a circunstancias no reconducibles al desarrollo de las prestaciones²⁶.

Se puede decir, que el enfoque temporalmente precedente, centrado en la naturaleza específica y agravada del riesgo y, asimismo, en la relación causal entre este último y la actividad laboral, ha podido ser sustituido por un criterio más acorde a la realidad industrial contemporánea, que se establece a partir del nexo de instrumentalidad entre la conducta originaria del evento y la actividad laboral. La noción de riesgo asegurado tiende así sustancialmente a coincidir, de un lado, con el comportamiento contractualmente obligado del trabajador y, del otro, con el deber de seguridad que recae sobre el empleador²⁷, el cual debe ejecutarlo, ejerciendo su poder de organización y dirección dentro de la empresa (VALLEBONA, 2015).

Es así como, gracias a esta amplia lectura de la noción de la ocasión de trabajo, que la tutela del seguro obligatorio ha ayudado a establecer en Italia y en países de economías más avanzadas, que se ha podido aplicar la definición de accidentes de trabajo a otro tipo de eventos, que en un primer periodo no fueron considerados como tales, dándoles en la actualidad una configuración más idónea con estos tiempos y permitiéndoles obtener una cobertura indemnizatoria y también resarcitoria, según corresponda al evento acaecido, en relación al daño sufrido. Al respecto, solo por citar algunos ejemplos de eventos que por la ampliación del concepto se encuentra configurados actualmente como accidentes de trabajo, entre ellos tenemos: los accidentes provocados por actos criminales, de terceros, por la conducta culposa de los colegas u ocurridos durante las peleas entre trabajadores, en el trascurrir de los descansos, en los desplazamientos al interno de los ambientes de trabajo o en el accidente *in itinere*. (LUDOVICO, 2014).

25 Al respecto cfr. DE MATTEIS, Aldo (1996). *L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*, Utet, Torino, p. 33.

26 En ese sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia italiana, en la sentencia de Casación de fecha 9 de agosto de 2003, n. 12035, declarando como no indemnizable por falta de conexión con las prestaciones laborales, el accidente ocurrido a una trabajadora que, saliendo de la agencia bancaria ubicada al interno del establecimiento de la fábrica, se resbaló, produciéndose una fractura.

27 Para un mayor estudio cfr. DE MATTEIS, Aldo, op. cit., p. 94; DEL PUNTA, Riccardo (2017). *Tutela de la persona sul lavoro*, en *Diritto di Lavoro*, 9. Ed. Giuffrè Editore, Milano, p. 579-598.

4 EL RIESGO ELECTIVO

La definición de riesgo electivo nace a partir de la hipótesis mediante la cual el trabajador crea voluntariamente un riesgo que no tiene ninguna relación con el desarrollo de sus actividades laborales y que, a veces, llega hasta estar en oposición a ellas y a las disposiciones que las reglamentan. En este caso el evento dañoso no puede ser considerado indemnizable, porque es la expresión no de un riesgo profesional asegurado, sino de aquel riesgo electivamente provocado por el propio trabajador (ALIBRANDI, 1971).

Para la doctrina es evidente que no subiste el derecho a la indemnización para los casos en los cuales el accidente derivó de un riesgo electivo del trabajador, es decir cuando este sea consecuencia de un riesgo relacionado a un comportamiento voluntario, dirigido a satisfacer exigencias meramente personales y por ello, ajenas a las actividades laborales; es decir, es el riesgo generado a partir de una actividad que no tiene una relación con el desarrollo de la prestación o que aparece en modo irracional fuera de los límites de esta. Así fuese que el evento lesivo haya ocurrido durante la jornada de trabajo y/o en el centro de labores, pero no subsistiese el nexo ocasional entre la actividad laboral y el accidente, se estará en este supuesto frente a un caso de riesgo por elección²⁸.

Asimismo, con mucha frecuencia, se comete error de considerar "riesgo electivo" a cualquier otro simple riesgo asumido por el trabajador. Si esta sería la interpretación correcta, cada uno de los accidentes derivados de un riesgo que el trabajador habría podido evitar deberían ser excluidos de cualquier tipo de seguro contra accidentes de trabajo, quedando al mismo tiempo sin ningún tipo de indemnización tantos accidentes derivados de la culpa o de la voluntad trasgresora de las normas de seguridad (por ejemplo, asumir el riesgo de quien no usa los implementos de seguridad, quien durante el trabajo se distrae pensando en otra cosa, o quien por premura, no usa las protecciones de las maquinarias que usa). En realidad, el riesgo electivo es un riesgo distinto, en el sentido de ser un riesgo totalmente extraño a la actividad laboral, la cual es materia de protección.

Sin embargo, debe de agregarse que cuando el accidente ocurre a partir de una conexión, aunque sea mínima o aparente con las prestaciones laborales, el problema del riesgo electivo no se presenta. Por su parte, es un reto determinar la existencia del riesgo electivo cuando el accidente aparece, de alguna manera, a primera vista, relacionada con el trabajo realizado, porque, por ejemplo, ocurrido el accidente durante la jornada de trabajo o en el centro de labores o provocado por las herramientas o maquinarias de trabajo, se presentan como situaciones aparentemente laborales, por lo que para argumentar el riesgo electivo se necesita una investigación que, debe ser particularmente cuidadosa y exhaustiva, y una rigurosa demostración de la independencia de la conducta del trabajador con la esfera de la organización y con la finalidad prestacional del trabajo; y con ello, la extrañeza del riesgo enfrentado a aquellos riesgos propios de la modalidad y del requerimiento del trabajo desarrollado. Naturalmente, para la existencia del riesgo electivo no se debe presuponer que el comportamiento ejecutado por trabajador sea culposo; la culpa involucra el modo en el cual se exterioriza una actividad que, ya de por sí, en el caso del riesgo electivo, no resulta asegurable (CORSALINI, 2009).

Delicada es la distinción que corresponde hacerse en la práctica, para establecerse cuando se está frente a accidente de trabajo por culpa y dolo del trabajador, y cuando en uno provocado a partir de un riesgo electivo, aun así este concepto este ya bien definido en la doctrina y la jurisprudencia italiana²⁹ como lo hemos expuesto anteriormente, el cual define al riesgo electivo como una desviación

28 Al respecto cfr. FERRARI Genaro, FERRARI Giulia (2004). *Infortunio sul lavoro e le malattie professionali*, Cedam, Padova, p. 172; NICOLINI, Giovanni (1966). *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, en *Rivista di diritto del lavoro*, I, 359; PESSI, Roberto (2006). *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, p. 413.

29 Es importante señalar que el riesgo electivo constituye un supuesto derivado de la jurisprudencia italiana que, no encontrado una respuesta explícita en su correspondiente ordenamiento normativo, encuentra sin embargo un claro fundamento en la indefectible relación causal e instrumental que debe de subsistir entre el riesgo del evento y la actividad laboral. Al respecto cfr. GIUBBONI Stefano, LUDOVICO Giuseppe, ROSSI Andrea (2014). *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, p. 144.

puramente arbitraria de las normales conductas y formas en la ejecución de las prestaciones laborales, debido a una finalidad personal del trabajador, que implican riesgos diversos de aquellos inherentes a la normal modalidad de ejecución de la prestación³⁰. Según una posición más radical, reformula la definición señalando que el riesgo electivo está constituido por un supuesto idóneo, capaz de interrumpir cualquier conexión con la ocasión de trabajo y de privar del evento de cada aspecto de la profesionalidad³¹. De este modo los criterios jurisprudenciales italianos más recientes, por ejemplo, configuran al riesgo electivo como el único límite excluyente de la ocasión del trabajo³².

La inclusión de una expresión que hace referencia al concepto de riesgo electivo para señalar los límites de aquel distinto (riesgo profesional), referido a la ocasión del trabajo, es particularmente significativa debido a la cercanía entre ambas nociones. Con una fórmula ya consolidada, el riesgo electivo puede ser individuado a través del concurso simultáneo de los siguientes elementos característicos: no debe ser solo un acto voluntario (esto en contraposición muchas veces a los actos de automaticidad del trabajo, que a menudo son causante de los accidentes), sino, más que todo, arbitrario, en el sentido de ilógico y extraño a la finalidad laborante; debe estar dirigido a satisfacer impulsos meramente personales (que permiten excluir las iniciativas, aunque incongruentes, pero motivadas a partir de la finalidad de la ejecución de la prestación laboral); debe afrontarse un riesgo diverso a los cuales estaría sujeto (por el riesgo profesional), así el evento tenga algún nexo derivado del desarrollo de la actividad laboral. En la determinación de la culpa, el dolo o el riesgo electivo, respectivamente, se debe tener presente la experiencia laboral del trabajador accidentado (DE MATTEIS, 2011).

5 LA CULPA Y EL DOLO DEL TRABAJADOR

Para la doctrina, la conducta dolosa del trabajador no entra en el supuesto de riesgo asegurable, toda vez que tanto el empleador como el ente asegurador no están obligado a responder por los siniestros ocasionados por la conducta dolosa del trabajador. El dolo debe ser entendido como el diseño criminoso, deliberadamente asumido por parte del sujeto interesado en engañar a terceros, quien está en grado de producir un evento dañoso y de fingir la causa eficiente de este evento. Este accionar desbarata cualquier conexión etiológica entre el trabajo y el accidente, sin embargo la coloca como causa exclusiva de este último; así el accidente “doloso” ocurra por causa violenta y como ocasión del trabajo, no puede ser definido propiamente como un “accidente”³³, es decir un infortunio, una desgracia, una desventura, una fatalidad, en cuanto este hecho ha sido querido, buscado, provocado, perseguido por el trabajador; por otra parte, en comparación con el accidente ocurrido por riesgo electivo, este sí es un accidente propiamente dicho, en el cual no se encuentra presente la ocasión de trabajo.

30 En ese sentido se pronunció la jurisprudencia italiana en Casación de fecha 18 de agosto de 1977, n.3789, en *Rivista infortuni e malattie professionali*, 1979, II, 630; Casación de fecha 3 de febrero de 1995, n. 1269, en *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1995, 464; Casación de fecha 3 de mayo de 1995, n. 6088; Casación de fecha 1 de septiembre de 1997, n. 8269; Casación de fecha 4 de diciembre de 2001, n. 15312.

31 De este modo se pronunció el Tribunal Supremo Italiano en la Casación de fecha 6 de marzo de 1996, n. 1750, en *Rivista infortuni e malattie professionali*, 1996, v.2, 55.

32 Así ha sido establecido en reiteradas sentencias: Casación de fecha 19 de abril de 1999, n. 3885; Casación de fecha 2 de junio de 1999, n. 5419; Casación de fecha 9 de octubre de 2000, n. 13447; Casación de fecha 8 de marzo de 2001, n. 3363, en *Giustizia civile*, 2001, I, 2105 y *Foro italiano*, 2001, I, 1531; Casación de fecha 9 de enero de 2002, n. 190, en *Giustizia civile*, 2002, II, 328; en *Giustizia civile*, 2001, I, 2105; Casación de fecha de 13 de abril de 2002, n. 5354; Casación de fecha de 22 de abril de 2002, n. 5841; Casación de fecha de 3 de agosto de 2005, n. 16282.

33 Cfr. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Español, v. Accidente:

(1) Suceso eventual que altera el orden regular de las cosas.

(2) Suceso eventual o acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

El accidente “doloso” ocurre como resultado de la acción u omisión del trabajador, quien ha previsto y querido que el evento suceda, a partir de su propio comportamiento. En la práctica se presenta en la forma de la autolesión³⁴, simulación del accidente o del agravamiento doloso de una lesión personal a partir de un accidente, situaciones que no son referidas a los comportamientos que conlleva la mera conciencia y voluntad del hecho material, el denominado dolo genérico (por ejemplo: remover voluntariamente las medidas de seguridad de las equipos o maquinarias), sino más bien al dolo específico, caracterizado por la voluntad de querer conseguir un fin particular³⁵.

A este punto, la problemática radica en calificar el comportamiento voluntario pero contraria a la técnica operativa (*dolo genérico*), que incrementa el riesgo del accidente, pero sin una finalidad ulterior que no sea la de eliminar de obstáculos y la agilización del trabajo, como en el caso de la eliminación de las medidas de seguridad. Este supuesto ha estado redirigido a la inobservancia voluntaria de las normas técnicas del uso de las maquinarias, la que ha sido llevada no por el dolo sino por la culpa grave³⁶; asociándose también a la problemática del deber de control a cargo del empleador. No siempre emerge la responsabilidad individual del trabajador accidentado en la remoción de las medidas de seguridad, puede ser que dicha acción de remoción corresponda a otro autor, difícil de individualizar, ya sea el caso que suceda o no suceda el accidente, porque normalmente se trata de situaciones prolongadas en el tiempo. Al respecto la jurisprudencia italiana se ha pronunciado en el sentido de la responsabilidad del empleador por omisión del deber de control, a fin de relegar el elemento subjetivo del trabajador en la culpa grave, consistente en la inobservancia de las normas técnicas del uso de las maquinarias y asegurarle, por esta vía, la cobertura del seguro correspondiente³⁷.

Distinto es el caso en el cual la víctima del accidente sea un trabajador que, por su posición al interno de la organización de la empresa, tenga entre sus funciones la responsabilidad de la seguridad de las maquinarias; en este supuesto se ha excluido la indemnización del accidente ocurrido por tal agravante (DE MATTEIS, 2011).

Otras legislaciones europeas han adoptado de manera análoga dichos supuestos, pero con efectos parcialmente distinto. Por ejemplo, en Suiza, el artículo 37 de la *Legge federale sull'assicurazione contro gli infortuni (LAINF)*³⁸ hace distinciones diversas para cada supuesto; así, en el daño intencional excluye el derecho a las prestaciones del ente asegurador, en la negligencia grave reduce dichas prestaciones y en la negligencia simple no se produce incidencia alguna sobre las prestaciones.

En lo que concierne a la culpa del trabajador, esta se define a partir de la imprudencia, la negligencia, la impericia que entran en la noción misma del riesgo asegurado, exteriorizándose en un acto determinado lleno de circunstancias extrañas o ajenas a la ejecución de las prestaciones o al ambiente de trabajo otorgado al trabajador asegurado (ALIBRANDI, 2002).

34 Sobre este argumento cfr. BALDI, Guido Maria (1930). Cronache e storie della simulazione. Appunti e noterelle ai margini del proceso di Roma, en *Rassegna della previdenza social*, X, 7; MIRALDI, Giovanni (1929). Autolesionismo e simulazione nel campo degli infortuni sul lavoro: L'azione della Cassa nazionale infortuni, *ibidem*, I, 34; GIUDICI, Italo. Un caso di truffa in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, *ibidem*, v.3, 25.

35 Sobre la distinción entre dolo genérico y dolo específico véase: MANTOVANI, Ferrando (1992). *Diritto penale*, Cedam, Padova, p. 330; ANTOLISEI, Francesco (1960). *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, p. 259.

36 La culpa grave, también conocida como culpa consciente o culpa con previsión, es la que se ocasiona cuando el accidente, si bien no es deseado, ha podido ser previsto por el accidentado. Al respecto, cfr. FIANDACA Giovanni, MUSCO Enzo (2007). *Diritto Penale-Parte general*, Zanichelli, Bologna, pp 556 y ss; RIZ, Roland (2000). *Lineamenti di Diritto Penale-Parte general*, CEDAM, Padova, pp. 271 y ss.; ROMANO, Mario (2004). *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Giuffrè Editore, Milano p. 441.

37 Al respecto, cfr. las sentencias de la Corte Suprema de la República Italiana, cfr. Casación de fecha 21 de enero de 1981, n. 505, en *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1,407; Casación de fecha 10 de diciembre de 1981, n. 6542; Casación de fecha 1 de octubre de 2003, n. 14645.

38 Ley federal del seguro de los accidentes de trabajo de fecha 20 de marzo de 1981, publicado por disposición oficial del Gobierno suizo también como *Bundesgesetz über die Unfallversicherung-UVG* (en alemán) y *Loi fédérale sur l'assurance-accidents-LAA* (francés).

Asimismo, cuando hablamos de imprudencia, en relación con la culpa del trabajador, esta es a menudo el resultado de la poca familiaridad adquirida en el uso o manejo de instrumentos o a referidas situaciones de trabajo, la negligencia y la imprudencia no varían la tutela del seguro obligatorio, en el sentido de excluirla o atenuarla. Así la culpa del trabajador, aunque sea la causa exclusiva del accidente de trabajo, no debería excluir la indemnización correspondiente (DE MATTEIS, 2011).

El principio según el cual, la culpa del trabajador no resulta relevante para los fines de establecer la indemnización del accidente de trabajo, salvo algunas aisladas tentativas de disidencia, ha encontrado continuidad y consenso en la doctrina dominante; tanto es así que, en gran parte de Europa, ya desde la década de 1950, se podía afirmar la irrelevancia que tiene la culpa, en la determinación de la indemnización del accidente de trabajo, no es más materia de discusión. Una vez que el evento es objetivamente conectable a la actividad laboral desarrollada por el trabajador asegurado, no tiene ninguna importancia las modalidades de la conducta, se requiere simplemente que la víctima haya sufrido el accidente en ocasión del trabajo, y no en ocasión de un correcto, prudente o juicioso desempeño laboral, no se pretende que el trabajador, frente a la ejecución de las prestaciones, tenga la diligencia del buen padre de familia (CORSALINI, 2009).

Precisamente, la culpa del trabajador debe ser direccionada a la ocasión de trabajo, sin que esto derive en alguna reducción de la indemnización correspondiente, pero siempre a condición de que la imprudencia, negligencia o impericia sean redirigidos a un riesgo conexo con la actividad laboral (LUDOVICO, 2014).

6 PANORAMA SUDAMERICANO DE LA OCASIÓN DE TRABAJO

La doctrina no ha dudado a la hora de afirmarse que en la relación de trabajo los riesgos a los que vienen expuestos los trabajadores son cada vez más intensos y frecuentes, por ello se impone la necesidad de desplegar una tutela de seguro contra accidente de trabajo más efectiva y específica, sometida a normas propias, mucho más incisiva y permanente, que se vincule cada vez más al propio contrato de trabajo y al desarrollo de las prestaciones laborales, que precise plenamente la función que desarrolla ocasión como elemento esencial en la producción de los accidentes de trabajo porque son en la actualidad, más a menudo, los infortunios profesionales más ligados al caso fortuito, la fuerza mayor o por factores conexos con la ejecución del trabajo.³⁹

Ya hace algún tiempo se acuñó la frase que trabajo y el riesgo profesional están fatídicamente condenados a cohabitar en el desarrollo de la prestación laboral⁴⁰, enunciado al que no debemos de extraer solo el lado negativo y fatalista de este tipo de riesgos sino, todo lo contrario, plantear la inexcusable necesidad de adoptar medidas específicas que busquen como finalidad la eliminación del riesgos profesional o al menos su disminución al menor rango posible y no se conforme con una mera protección frente al daño ya producido.

Como hemos mencionado, para que un accidente sea considerado de trabajo tiene que producirse en ocasión de tal actividad y así poder brindársele la tutela que a este evento le corresponda, ya sea a través de la indemnización o de ser el caso, el resarcimiento del daño. La presencia de la ocasión como parte definición de accidente de trabajo está desarrollada, de manera específica, de alguna u otra forma, en diversas legislaciones nacionales, que en materia de protección contra accidente de trabajo existen en Sudamérica, pero aún se sigue optando por darle solo el enfoque causal o peor aún, a nivel doctrinal o jurisprudencial se trata a la ocasión como un sinónimo más de causa, lo que favorece a mantener la confusión.

39 Al respecto, PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (1978). "Accidente de trabajo: ¿Seguro mercantil o Seguro Social?, Revista de Política Social N° 120, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 7-27, señala que sólo una cuarta parte de los accidentes obedecen a la culpa del empleador, otra cuarta parte a la culpa del trabajador, y la restante mitad se origina por caso fortuito o fuerza mayor, o por factores desconocidos.

40 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (1992). El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo, en Actualidad laboral, N° 1, 1992, p. 37-44.

Esto aunado a la visión de la protección contra accidente de trabajo ligada más a la ambigua relación con los principios de la responsabilidad civil que aún, a través de sus tratadistas, no han podido unificar criterios respecto a las diversas opiniones dadas sobre la materia de la seguridad y la salud en el trabajo. Las razones de tal ambigüedad tienen un carácter histórico, cuando en un contexto fuertemente dominado por la lógica civilista, previo a la promulgación en Italia de la Ley N°80 de 1898 (que instauró la obligatoriedad del seguro contra accidente de trabajo) y a falta de un enfoque teórico diverso y más apropiado, hizo que el único instrumento de protección social fuera inevitablemente dirigido hacia la categoría dogmática de la responsabilidad civil, hecho que a pesar de los años y la evolución de los conceptos relacionados con la salud y seguridad del trabajo, continúa aún vigentes en mucho de nuestros países sudamericanos⁴¹.

Entre los países de América del Sur que han incluido dentro de sus legislaciones el término de ocasión de trabajo, de manera tácita o expresa, como un supuesto para la producción de un accidente laboral, tenemos: Brasil, el artículo 19 de la Ley N°8213, norma que dispone los planes de beneficios de la Seguridad Social, de fecha 24 de julio de 1991, señala que accidente del trabajo es el que ocurre por la ejecución del trabajo, provocando lesión corporal o perturbación funcional que cause la muerte o la pérdida o reducción, permanente o temporal, de la capacidad para el trabajo; si bien no está expresado en dicha definición, la norma en mención desarrolla la ocasión de trabajo en diversos artículos subsiguientes, imponiendo otros supuestos de origen ocasional a la categoría de accidentes de trabajo. Colombia, la Ley N°1562, la cual modifica el Sistema de Riesgos Laborales y dicta disposiciones en materia de salud ocupacional, de fecha 11 de julio de 2012, prescribe en su artículo 3 que: *“Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte”*. Chile, el artículo 5 de la Ley N°16744, la cual establece las normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, publicada el 1 de febrero de 1968, señala que: *“Para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte”*. Perú, el glosario expuesto en el Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicado el 25 de abril del 2012, define al accidente de trabajo como: *“Todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo”*. Uruguay, el artículo 2 de la Ley N°16074, Ley del seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, publicada el 19 de enero de 1990, señala: *“Todo patrono es responsable civilmente de los accidentes o enfermedades profesionales que ocurran a sus obreros y empleados a causa del trabajo o en ocasión del mismo.”*

BRASIL

Si bien el legislador brasileño hace una definición diversa a las contenidas en los otros ordenamientos jurídicos de Sudamérica, que en materia de accidentes de trabajo refieren a la ocasión de trabajo de manera expresa, desarrollando en el artículo 19 de la Ley N°8213, norma que dispuso los planes de los beneficios de la Seguridad Social, de fecha 24 de julio de 1991 que, accidente del trabajo⁴² es el que

41 Al respecto cfr. LUDOVICO, Giuseppe (2017). Infortunio sul lavoro e malattie professionali: Tutela previdenziale e risarcimento del danno, en Gaetano Natullo y Paola Saracini (a cura di), Salute e sicurezza sul lavoro, Editoriale Scientifica s.r.l., Napoli, p. 51-78.

42 Es importante considerar la definición de la doctrina brasileña que define al accidente de trabajo como el evento dañoso relacionado directamente o no con el trabajo ejecutado, tratándose ya no de un infortunio en el trabajo sino de trabajo; al respecto cfr. BALERA, Wagner (2007). Curso de Direito Previdenciário. 3ª Ed., LTr, São Paulo, p. 109. Así también, a partir de una lógica más prevenciónista, definen al accidente de trabajo como el comportamiento erróneo que el trabajador realiza en relación a la utilización de cualquier equipamiento, sin que se siga con el procedimiento correcto para su utilización, causándole daño en la salud, dejándolo imposibilitado de ejercer sus funciones con normalidad; así como también, a través de condiciones de inseguridad originados por equipamientos sin protección o el no suministro de los mismos, que pueden ocasionar el accidente; para un mayor análisis cfr. Ortiz, EDILSON Y BIROLI, Silvio Luis (2009). O acidente do trabalho e as responsabilidades do empregador, en Revista interfaces: ensino, pesquisa e extensão, Ano 1, n. 1, p. 54.

ocurre por la ejecución del trabajo a servicio de la empresa o de empleador doméstico o por la ejecución del trabajo de los asegurados mencionados en el acápite VII, del artículo 11 de la referida ley, provocando lesión corporal o perturbación funcional que cause la muerte o la pérdida o la reducción, permanente o temporal, de la capacidad para el trabajo.

En primer término, se evidencia como diversa a las demás normativas de la región, porque basta continuar con la lectura de la norma para observar como legislativamente “equipara” a algunas enfermedades profesionales con los accidentes de trabajo; así se aprecia en los acápites I y II del artículo 20 de la referida ley que, considera también accidentes laborales a la enfermedad producida o desencadenada por la ejecución del trabajo perteneciente a una determinada actividad y que se encuentre en la respectiva relación elaborada por el Ministerio de Trabajo y de la Previsión Social; asimismo, a la adquirida o desencadenada en función de condiciones especiales en que el trabajo es realizado y que con él se relacione directamente, y que también se constate incluida dentro de la relación antes mencionada. Es importante citar que, dentro del mismo artículo, en el numeral 2, la norma prescribe también que otorga tutela, en “ciertos casos excepcionales”, como si fuese accidente del trabajo, a enfermedad diversa que, aunque no esté determinada legalmente como accidente del trabajo, entiéndase, dentro de la relación descrita anteriormente, la Seguridad Social podrá considerarla como tal, en mérito a la atribución legal que la misma ley le confiere.

Así también, centrándonos propiamente en la ocasión de trabajo, si la encontramos presente pero de manera tácita, desarrollada en diversos artículos de esta ley; así podemos apreciar supuestos que claramente se encontrarían dentro de los alcances de la ocasión de trabajo, porque de ningún modo entrarían en el contenido mismo de la definición general de accidente de trabajo que otorga el citado artículo 19, tales supuestos, entre otros son: el accidente relacionado con el trabajo que, aunque no haya sido la única causa, haya contribuido directamente a la muerte del asegurado, para reducir o perder su capacidad para el trabajo, o producir una lesión que exija atención médica para su recuperación; el accidente sufrido por el asegurado en el lugar y en el horario del trabajo, como consecuencia de un acto de agresión, sabotaje o terrorismo practicado por tercer o compañero de trabajo; una agresión física intencional, incluso de un tercero, por motivo de disputa relacionada al trabajo; un acto de imprudencia, de negligencia o de impericia de un compañero de trabajo o de un tercero; un acto de persona privada del uso de la razón; por el derrumbamiento, inundación, incendio y otros casos fortuitos o derivados de fuerza mayor; el accidente sufrido por el asegurado aunque este ocurra fuera del local y del horario de trabajo en la ejecución de orden o en la realización de un servicio bajo la autoridad de la empresa; en la prestación espontánea de cualquier servicio a la empresa para evitarle perjuicio o proporcionar provecho; en viaje al servicio de la empresa, incluso por estudio, cuando es financiado por ésta dentro de sus planes para mejor la capacitación de la mano de obra, independientemente del medio de locomoción utilizado, inclusive vehículo de propiedad del asegurado; en el recorrido de la residencia al lugar de trabajo o de éste para aquella, cualquiera que sea el medio de locomoción, incluido el vehículo de propiedad del asegurado; en los períodos destinados a la comida o descanso; o con ocasión de la satisfacción de otras necesidades fisiológicas, en el lugar del trabajo o durante éste, el trabajador es considerado en el ejercicio del trabajo⁴³.

Como se aprecia del párrafo anterior, los supuestos antes descritos no pueden ser entendidos como accidentes de trabajo sino fuese por elemento ocasional allí presente, porque no se evidencia entre ellos una relación directa con la ejecución de la actividad laboral, sino una conexión tangencial, propia de la ocasión. Para la doctrina brasileña dichos supuestos los engloba dentro de la teoría de las *concausas*, definiendo para ello “*concausa*” como la otra causa que, junto a la principal, concurren para la producción del resultado. La *concausa* no inicia ni interrumpe el proceso causal, sólo lo refuerza, de la misma manera que un río afluente desemboca en uno principal, aumentando su caudal (CAVALIERI FILHO, 2015).

43 El integro de dicho supuestos “equiparables” al accidente de trabajo se encuentran descritos en el artículo 21 de la Ley N°8213 de fecha 24 de julio de 1991.

Para el desarrollo de un accidente del trabajo, en sentido amplio, pueden contribuir causas ligadas a las actividades profesionales con otras extralaborales, sin ningún vínculo directo con la actividad laboral ejecutada por el trabajador; al mismo tiempo, incluso el accidente ya ocurrido puede ser agravado por otra causa. Sin embargo, la aceptación normativa de la etiología multicausal no dispensa la existencia de una causa eficiente, derivada de la propia actividad laboral, que haya contribuido directamente con la producción del accidente del trabajo o con una situación equiparable, por lo que para determinar la concausa es indispensable la presencia de una causa de origen netamente laboral (OLIVEIRA, 2017).

Respecto al seguro contra accidentes del trabajo, este es obligatorio y es parte del régimen general de la seguridad social⁴⁴, según establece el acápite II del artículo 22 la Ley N° 8212, norma que dispuso la organización de la seguridad social, de fecha 24 de junio de 1991, dicho seguro obligatorio es financiado mediante contribuciones pagadas exclusivamente por el empleador. Así, el porcentaje que cada empleador contribuye variará de acuerdo con el riesgo de las actividades desarrolladas por su empresa, cuanto mayor sea el riesgo, mayor será la contribución, esto porque actividades con un mayor riesgo potencial darán lugar a un mayor número de accidentes de trabajo, incluso con víctimas mortales y, en consecuencia, aumentará el número de prestaciones por parte del ente asegurador, por lo cada sector de actividad económica recibe una clasificación de riesgo, que equivale al 1% para los riesgos leves, 2% para los riesgos medios y 3% para los riesgos graves, de contribución sobre la base salarial, de acuerdo con el Código Nacional de la Actividad Económica - CNAE.

Asimismo, de acuerdo con la Ley N° 10666, de fecha 8 de mayo de 2003, se estableció que puede haber un aumento del valor a ser pagado a favor del seguro obligatorio, al que denomina la legislación como Seguro de Accidente de Trabajo - SAT, en caso de que la empresa no atienda las expectativas de inversiones en prevención y control de accidentes de trabajo. Así, las alícuotas del Seguro de Accidente del Trabajo iniciales podrán ser aumentadas en hasta 100%. El *factor accidentario previdenciario*⁴⁵ oscilará de acuerdo con el historial de enfermedades y accidentes del trabajo por empresa, de forma que las alícuotas arriba mencionadas podrían alcanzar, respectivamente, el 2%, el 4% y el 6% (ORTIZ; BIROLI, 2009).

COLOMBIA

Como hemos señalado, la legislación colombiana, si bien en su artículo 3 de la citada Ley N°1562 de fecha 11 de julio de 2012, define al accidente de trabajo como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo⁴⁶ y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte; también amplía dicha normativa la definición a aquel evento que se produce durante el ejercicio de las órdenes del empleador o el contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad aún fuera del lugar y horas de trabajo. Del mismo modo, la ley considera accidente de trabajo, al que se produce durante el traslado de los trabajadores o

44 En Brasil, hasta 1967, el Seguro de Accidentes del Trabajo estaba a cargo de la iniciativa privada, pero a partir del Decreto Ley N°293, de fecha 23 de febrero de 1967, quedó establecido que el Estado, por medio del Instituto Nacional de Previsión Social - INPS, pasaría a operar el seguro contra los riesgos de los accidentes de trabajo en régimen de competencia con las sociedades de seguros (numeral 3 del artículo 1). Posteriormente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N°5316, de fecha 14 de septiembre de 1967, el seguro obligatorio de accidentes del trabajo pasó a ser gestionado exclusivamente en la Seguridad Social, lo que ocurre hasta ahora; al respecto cfr. MELO, Raimundo Simão de (2013). *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5ª Ed., LTr, São Paulo, p.290-295.

45 El *factor accidentario de prevenção* fue creado en base a los índices de gravedad y el costo de las ausencias de los trabajadores derivadas de la incapacidad para el trabajo de cada empresa, en comparación con los mismos índices de la respectiva actividad económica. Dependiendo del *factor accidentario de prevenção* determinado, el empleador pagará la contribución destinada a la financiación de la jubilación especial y de los beneficios concedidos debido al grado de incapacidad para el trabajo derivadas de los riesgos del ambiente laboral, conforme a lo previsto en el artículo 202 del Decreto N°3048 de fecha 6 de mayo de 1999, con reducción del 50% o ampliación hasta el 100%; para un mayor análisis cfr. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de (2017). *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, 9ª Ed., LTr, São Paulo, p. 139-143.

46 Cuando la legislación colombiana hace referencia a la "ocasión de trabajo" hace referencia a la relación directa entre el oficio y el daño y por "causa del trabajo" quiere decir una relación mediata entre el oficio que se está desempeñando o el modo de hacerlo y el hecho dañoso; al respecto cfr. RODRÍGUEZ MESA, Rafael (2015). *Sistema de Riesgos Laborales*, Universidad del Norte Editorial, Barranquilla, p. 49.

contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo, el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre con licencia sindical, siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual manera, se considera accidente de trabajo, el producido por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria, cuando se trate de trabajadores de empresa de servicios temporales que se encuentre en misión.

Asimismo, la referida ley, en su artículo 2, señala la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales⁴⁷, para todos los trabajadores dependientes, a costo propio, mientras que en el caso de trabajadores que realizan labores catalogadas por el Ministerio de Trabajo colombiano como de alto riesgo, el pago será a cuenta del empleador; mientras que la afiliación a dicho seguro será voluntaria para el caso de los trabajadores independientes y los informales.

La jurisprudencia colombiana, de manera uniforme, ha respaldado la teoría de la responsabilidad objetiva, hecho que emana de las disposiciones legales antes descritas, en contraste con una visión anterior del legislador colombiano que se proyectaba sobre la responsabilidad subjetiva del derecho común que imponía al afectado la carga de la prueba del elemento culpa; dichos antecedentes normativos supusieron para el trabajador la acreditación probatoria de la culpa del empleador y del daño ocasionado (lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez, muerte), así como también la demostración de la relación causal entre uno y el otro. Era un periodo de influencia, en el cual el derecho laboral se encontraba regido por los principios del derecho común, que significó, como consecuencia, que el juzgador descartara la culpa del empleador cuando se encontrara en presencia de un accidente ocasionado por culpa del trabajador, culpa de un tercero o la fuerza mayor.

La aplicación de la teoría del riesgo profesional o responsabilidad objetiva en cierto sentido hizo a un lado la noción de culpa del empleador, que por ello dejó de ser indispensable para comprometer o no la responsabilidad del mismo, de donde surgió, como lógica consecuencia de esa teoría, la obligación de reparar el daño ocasionado por el riesgo profesional, aunque mediara la culpa del trabajador (salvo el doloso o gravemente culposo), la culpa de un tercero o la fuerza mayor; así también, el legislador tarifó el resarcimiento del daño. Por eso ahora si el accidente ocurre por causa o con ocasión del trabajo, aunque ese acontecimiento corresponda a un imprevisto o suceso repentino, que no puede ser predecible por el empleador, aun así, queda comprometido en su responsabilidad frente al accidente de trabajo⁴⁸.

Así, en los accidentes de trabajo cuando los riesgos hayan podido prevenirse razonablemente por parte del empleador, con adecuadas medidas de seguridad, el valor de la indemnización se descontará de la condena ordinaria por perjuicios⁴⁹ dictada por el juez. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo está obligado a la indemnización total y

47 "Es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. Las disposiciones vigentes de salud ocupacional relacionadas con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades laborales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo hacen parte integrante del Sistema General de Riesgos Laborales." Al respecto, cfr. el artículo 1 de la Ley N° 1562 del 11 de julio de 2012.

48 "El Tribunal analizó correctamente el hecho público y notorio consistente en el movimiento telúrico acaecido el día 25 de enero de 1999 en la ciudad de Armenia que le ocasionó la muerte violenta al señor Ocampo Rendón. Lo hizo, por cuanto, como se explicó al resolver el primer cargo, la fuerza mayor no rompe la pluralidad de causas, ni descarta el accidente de trabajo cuando se da el suceso durante la ejecución de órdenes del empleador o mientras adelanta una labor bajo su autoridad"; al respecto, cfr. Sentencia N°17429, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 19 de febrero de 2002.

49 Así, el literal b) del artículo 8 del Decreto N°2350 de 1944, prescribe: "Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán también al patrono, además de las que le impongan leyes especiales o convenciones de trabajo, las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros... en el de accidentes de trabajo, cuando los riesgos hayan podido prevenirse razonablemente por parte del patrono, con adecuadas medidas de seguridad, el valor de la indemnización se descontará del monto de la condena ordinaria por perjuicios"

ordinaria por perjuicios, pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero ya pagadas, en razón a las normas establecidas⁵⁰.

Asimismo, cuando el accidente de trabajo se haya ocasionado por culpa imputable al empleador, se deberá de proceder con el pago de la indemnización total y ordinaria por perjuicios. Si prospera esta indemnización, se descontará de su cuantía el valor de las prestaciones e indemnizaciones en dinero ya pagadas a mérito del citado accidente⁵¹. La entidad administradora de riesgo profesional podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad aseguradora, con sujeción en todo caso, al límite de la responsabilidad del tercero⁵².

Como se aprecia, en lo relativo a la culpa del empleador y conforme a la legislación colombiana vigente, detallada precedentemente, y en especial lo concerniente al Sistema General de Riesgos Laborales expuesto en la referida ley; seguirá a cargo del empleador la indemnización por accidente de trabajo cuando el acaecimiento de este sea por culpa imputable a él. La razón es que el ente asegurador de riesgos laborales no puede asumir la responsabilidad proveniente de la culpa del empleador, hecho que fue precisado también a nivel jurisprudencial⁵³.

Si bien la responsabilidad civil del empleador no es asumida por el ente asegurador de riesgos laborales, como se ha dicho, corresponde al empleador, de ser el caso, el pago del resarcimiento del daño ocasionado, quien podrá asegurarla a través de otro seguro especializado en estas coberturas, que será un ente asegurador distinto al seguro de los riesgos profesionales, el cual es un seguro de responsabilidad contractual, por cuanto existe un contrato de trabajo o una relación laboral, pero el mejor seguro siempre será invertir en salud ocupacional (AYALA, 2005).

50 Es así como se señala en el Código Sustantivo del Trabajo, adaptado por el Decreto Ley N°2663 publicado el 9 de septiembre de 1950, en su artículo 216: "CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo"

51 Expuesto así, en la parte final del numeral 2 del artículo 52 del Decreto N°1848 de 1969: "Valor del seguro: ... a menos que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se hayan ocasionado por culpa imputable a la entidad o empresa empleadora, en cuyo caso habrá lugar a la indemnización total y ordinaria por perjuicios. Si prosperare esta indemnización, se descontará de su cuantía el valor de las prestaciones e indemnizaciones en dinero pagadas en razón de los expresados infortunios de trabajo."

52 Extraído de lo expuesto en el artículo 12 del Decreto N°1771 de 1994, que prescribe: "Subrogación. Compilado por el art. 2.2.4.4.7, Decreto Nacional 1072 de 2015. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero."

Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicio, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales."

53 Al respecto, la Sentencia N°5868, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de fecha 12 de noviembre de 1993: "[...] para demandar el pago de la indemnización según el Código Sustantivo del Trabajo o según el derecho común, queda obligado a pagar el empleador cuando el accidente...se produce por acto intencional o culposo suyo[...]".

CHILE

Como hemos referido en Chile, la promulgación de la Ley N°16744, publicada el 1 de febrero de 1968, define el accidente de trabajo, además de ello otorga un cuerpo normativo en materia de seguridad laboral, estableciendo la obligatoriedad del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, delegando la administración del citado seguro, a entidades de derecho público o privado, sin fines de lucro, como el Instituto de Seguridad Laboral (ISL), las Mutualidades de Empleadores y las Empresas con administración delegada⁵⁴.

Un punto que destacar, es el alcance que da la ley, respecto a la cobertura del seguro que, si bien es obligatorio, no tiene el Estado el monopolio. Son incluidos dentro de la cobertura del seguro los accidentes del trabajo conforme la definición legal antes citada, también el accidente *in itinere*, los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales. Por su parte se excluyen los eventos debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima⁵⁵.

La jurisprudencia chilena⁵⁶ que, sobre el fundamento de la obligación general de protección del empleador⁵⁷, prescritos en el artículo 184 del Código de Trabajo, publicado el 16 de enero de 2003⁵⁸ manifestó que, la sola ocurrencia de un accidente deviene en una presunción de culpa en contra del empleador que, por tratarse de una responsabilidad contractual, queda obligado a disponer todas las medidas de seguridad en favor del trabajador y a proporcionarle todos y cada uno de los elementos necesarios para prevenir cualquier tipo de accidente mientras ejecuta sus labores. Así, la jurisprudencia chilena ha

54 Obligatoriedad

Artículo 1.- Declárase obligatorio el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley.

Administración

Artículo 8.- La Administración del Seguro estará a cargo del Servicio de Seguro Social, del Servicio Nacional de Salud, de las Cajas de Previsión y de las Mutualidades de Empleadores, en conformidad a las reglas contenidas en los artículos siguientes.

55 Artículo 5.- Para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.

Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro.

Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales.

Exceptúense los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador.

56 En materia de accidentes del trabajo, la responsabilidad del empleador, contemplada en los artículos 184 del Código del Trabajo y 69 de la Ley N°16744, surge con motivo del contrato de trabajo, esto es, tiene carácter contractual, circunstancia que lo obliga a disponer en favor del trabajador todas las medidas de seguridad y a proporcionarle todos los elementos necesarios para prevenir cualquier tipo de accidentes mientras ejecuta sus labores. De esta manera cabe concluir que, ocurrido el siniestro, corresponde al empleador probar que adoptó todas aquellas medidas y que proporcionó todos los elementos o implementos requeridos para evitar hechos como el ocurrido, otorgando la máxima seguridad posible en la faena, a su dependiente; al respecto cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, recurso de casación de fecha 14 diciembre 2006. Rol 53-2005.

57 La protección del trabajador gira en torno a un único elemento que no es otro que la obligación que pesa sobre el empresario de garantizar unas buenas condiciones de seguridad y salud en el trabajo. En la relación al trabajo vamos a encontrar, por tanto, una relación obligatoria básica en materia de seguridad y salud en el trabajo, donde el empresario ocupa la posición de deudor y el trabajador la de acreedor de seguridad. Al respecto cfr. IGARTUA MIRÓ, María Teresa (2015), *ibidem*, p. 133.

58 Artículo 184.- El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica. Los organismos administradores del seguro de la ley N°16744, deberán informar a sus empresas afiliadas sobre los riesgos asociados al uso de pesticidas, plaguicidas y, en general, de productos fitosanitarios.

configurado una especie de responsabilidad legal por incumplimiento, de tal forma que, cada vez que el empleador no pueda acreditar su diligencia, deberá responder frente a los accidentes producidos⁵⁹. Conforme a este criterio, el deber empresarial se ha expuesto como un deber de resultado, manifestado en que cada vez que se produzca un daño derivado de un accidente del trabajo, se colige que el deber de cuidado ha sido incumplido (BARAONA, 2005).

En ese escenario, las únicas circunstancias que conducirían a una excepción son, por un lado, el caso fortuito, es decir, un imprevisto no imputable al empleador y cuyas consecuencias no son posibles de evitar, en términos que ninguna persona en las mismas circunstancias habría podido preverlo ni evitarlo; y, por otro, la culpa exclusiva del trabajador (SIERRA HERRERO; NASSER OLEA, 2012).

PERÚ

En el caso del Perú, como hemos expuesto anteriormente la normativa establece la definición de accidente de trabajo que también incluye la ocasión de trabajo, pero en la realidad la descripción legislativa dista mucho de la cobertura que dicho evento dañoso amerita.

La protección en salud tiene carácter constitucional⁶⁰, así como el derecho a la seguridad social⁶¹, desarrollada más ampliamente en la Ley N°26790, publicada el 17 de mayo de 1997 pero, por qué señalamos al sistema de seguridad social, porque es de manera general la única tutela que tiene actualmente un trabajador cualquiera, respecto a accidentes que pudieran sucederle, de índole laboral o no⁶², y no solo ello, dicha seguro busca tutelar al mayor número de ciudadanos posibles⁶³, en mérito al principio de universalidad de la seguridad social⁶⁴, el problema es que resulta, en los hechos, ineficiente.

59 El deber de protección y seguridad impuesto al empleador en el artículo 184 del Código del Trabajo, tiene el carácter de obligación legal, de manera que debe ser el empleador quien deba acreditar que hizo efectivas todas las medidas de seguridad para eximirse de la responsabilidad que el legislador le atribuye. Al respecto confróntese las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Chile, recursos de casación de fecha 7 julio 2009. Rol 3143-2009 y de fecha 28 junio 2006. Rol 5381-2004.

60 Constitución Política del Perú

Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

61 Sin embargo, existe un evidente campo de interacción entre la Seguridad Social y el derecho de los trabajadores, entre ellos al seguro con los accidentes de trabajo, al respecto cfr. NEVES MUJICA, Javier (1987). La seguridad social en la constitución, en La constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación (a cura de Francisco Eguiguren Praeli), Cultural Cosco Editores, Lima, p. 196.

62 Ley de modernización de la seguridad social en salud, Ley N°26790, de fecha 15 de mayo de 1997.

Artículo 17.- COBERTURA DE LOS TRABAJADORES

La cobertura que ofrezca la Entidad Empleadora de conformidad con el Artículo. 15o., sea a través de servicios propios o de planes contratados, deberá contemplar los mismos beneficios para todos los trabajadores cubiertos y sus derechohabientes, independientemente de su nivel remunerativo... dicha cobertura deberá incluir la atención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cuando corresponda, y no podrá excluir la atención de dolencias preexistentes.

63 Reglamento de la ley de modernización de la seguridad social en salud, Decreto Supremo N°009-97-SA, de fecha 8 de septiembre de 1997.

Artículo 7.- Son asegurados del Seguro Social de Salud los afiliados regulares y potestativos y sus derechohabientes. Son afiliados regulares: los trabajadores activos que laboran bajo relación de dependencia o en calidad de socios de cooperativas de trabajadores, y los pensionistas que reciben pensión de jubilación, incapacidad o sobrevivencia. Las personas que no reúnen los requisitos de afiliación regular, así como todos aquellos que la Ley determine, se afilian bajo la modalidad de asegurados potestativos.

64 La Seguridad Social se rige por los principios de universalidad, integridad, solidaridad, unidad de sentido orgánico y estructural y la referida a la adecuación a un sistema unitario internacional, en ese sentido expuso la Sentencia del Tribunal Constitucional N°02835-2010-PA/TC del 13 de diciembre de 2011, para un mayor análisis cfr. KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CÁRDICH Cesar (2009), Derecho Constitucional Económico, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 579.

Pero, que hizo la referida ley, desarticuló lo que se había conseguido anteriormente con la aportado por el Decreto Ley N°18846⁶⁵, que creó la Caja Nacional del Seguro Social Obrero, asumiendo exclusivamente la gestión del seguro por accidente de trabajo y enfermedades profesionales de los obreros, como un régimen especial financiado sólo por el empleador, el mismo que tenía que pagar aportaciones semanales a dicho ente asegurador. La responsabilidad obedecía a la teoría de la responsabilidad objetiva. El Seguro Social debía otorgar prestaciones médicas, aparatos de prótesis y ortopédicos, reeducación, rehabilitación y prestaciones en dinero; y siempre en la línea de definir al accidente laboral también como un evento ocurrido en ocasión del trabajo⁶⁶. No obstante, el reglamento de este Decreto Ley, aprobado por Decreto Supremo 002-TR del 24 de febrero de 1972, contempló, en su primera disposición general la posibilidad de que la víctima o sus herederos puedan instaurar las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización por perjuicios (ROMERO MONTES, 2006).

Retornando a la norma vigente, relativamente consciente el legislador del grado de indefensión en el que estaba dejando a la salud y la seguridad de los trabajadores crea, en la misma norma, el Seguro Complementario de Riesgos⁶⁷, un seguro contra accidentes de trabajo que otorga cobertura a los trabajadores, pero solo a determinados sectores de las actividades industriales⁶⁸, que asume el legislador son los de mayor riesgo. Seguro complementario (al sistema de seguridad social) que también define

65 Decreto Ley N°18846 (derogado el 17 de mayo de 1997.)

Artículo 1. La Caja Nacional del Seguro Social Obrero asume exclusivamente el Seguro por accidente de trabajo y enfermedades profesionales del personal obrero en las condiciones fijadas por este Decreto Ley, encargándose, en consecuencia, de su gestión asistencial, administrativa, técnica y financiera.

Artículo 2.- Son asegurados obligatorios, a los efectos previstos por este Decreto Ley: a) Los trabajadores obreros de la actividad privada y de las empresas de propiedad social, los pescadores y los del servicio domésticos, cualquiera que sea la persona para la cual presten servicios; y b) Los trabajadores obreros del Sector Público, no comprendidos en el Decreto-Ley N°11377.

Artículo 3.- Quedan comprendidos en este régimen todos los accidentes ocurridos en el trabajo o con ocasión directa del mismo. Este seguro cubre igualmente las enfermedades profesionales determinadas por el Reglamento correspondiente.

Artículo 4. Si los accidentes de trabajo a que se refiere el artículo anterior fuesen causados por un tercero, la Caja Nacional del Seguro Social Obrero tendrá derecho de exigir de éste, el

66 Así lo define el artículo 3 del Decreto Ley 18846, publicado el 29 de abril de 1971 (hoy derogado): "Quedan comprendidos en este régimen todos los accidentes ocurridos en el trabajo o con ocasión directa del mismo. Este seguro cubre igualmente las enfermedades profesionales determinadas por el Reglamento correspondiente."

67 Ley de modernización de la seguridad social en salud, Ley N°26790, de fecha 15 de mayo de 1997.

Artículo 19.- SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo determinadas mediante Decreto Supremo. Es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora. Cubre los riesgos siguientes: a) Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con el IPSS ó con la EPS elegida conforme al Artículo 15o. de esta Ley. b) Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pudiendo contratarse libremente con la ONP o con empresas de seguros debidamente acreditadas. El derecho a las pensiones de invalidez del seguro complementario de trabajo de riesgo se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud.

68 Según el Anexo 5 del Reglamento de la Ley N°26790: extracción de madera, pesca, explotación de minera, producción de petróleo crudo y gas natural, industria del tabaco, fabricación de textiles (excepto prendas de vestir), industria del cuero, industria maderera, fabricación de sustancias químicas industriales, refinería de petróleos, fabricación de productos derivados del petróleo y del carbón, fabricación de productos plásticos, fabricación de vidrios, industria básica de metales no ferrosos, fabricación de productos metálicos, construcción de maquinarias, electricidad, gas y vapor, construcción, transporte aéreo, servicio de saneamiento y similares, servicios médicos y sanidad veterinaria

al accidente laboral como un evento ocurrido en ocasión de trabajo, pero, excluye de dicho concepto, contrariamente al estudio realizado en el presente artículo, a un grupo de infortunios, que por su relación con la ocasión estarían si dentro de la definición doctrinal de accidente de trabajo, entre ellos el accidente in itinere, la culpa del trabajador, el caso fortuito, la fuerza mayor, etc.⁶⁹

En cuanto a la posibilidad del trabajador de demandar la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, el Reglamento de la ley de modernización de la seguridad social en salud, Decreto Supremo N°009-97-SA, de fecha 8 de septiembre de 1997⁷⁰ señala que, en los casos que una empresa que realiza actividades de riesgo, no contrate el referido seguro complementario para la totalidad de trabajadores o contrate coberturas insuficientes, asumirá el costo de las prestaciones brindadas al trabajador por el ente asegurador, independientemente de la responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios ocasionados.

Asimismo, tratándose de empleadores que no desarrollan actividades de riesgo, se establece que, si los mismos incumplen con abonar las cotizaciones del seguro social, que en este caso cubre los accidentes de trabajo, el ente asegurador otorgará las prestaciones y repetirá el pago contra el empleador, conforme lo prescribe la citada Ley N°26790⁷¹.

Actualmente, debe destacarse la regulación que existe en materia de seguridad y salud en el trabajo, aplicable de forma general para todos los trabajadores, la cual se encuentra recogida en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada el 20 de agosto de 2011, norma que como hemos expuesto anteriormente también considera a la ocasión como elemento participativo en el desarrollo del accidente de trabajo.

69 Al respecto confróntese el acápite 2.3 del artículo 2 de las normas técnicas del Seguro Complementario de Riesgo, aprobadas por Decreto Supremo N°003-98-SA, el 13 de abril de 1998, que señala:

"No constituye accidente de trabajo:

- a) El que se produce en el trayecto de ida o retorno al centro de trabajo, aunque el transporte sea realizado por cuenta de la entidad empleadora, en vehículos propios contratados para tal efecto;
- b) El provocado intencionalmente por el propio trabajador o por su participación en riñas o peleas u otra acción ilegal;
- c) El que se produzca como consecuencia del incumplimiento del trabajador de una orden escrita específica impartida por el empleador;
- d) El que se produzca con ocasión de actividades recreativas, deportivas o culturales, aunque se produzcan dentro de la jornada laboral o en el centro de trabajo;
- e) El que sobrevenga durante los permisos, licencias, vacaciones o cualquier otra forma de suspensión del contrato de trabajo
- f) Los que se produzcan como consecuencia del uso de sustancias alcohólicas o estupefacientes por parte del asegurado;
- g) Los que se produzcan en caso de guerra civil o internacional, declarada o no, dentro o fuera del Perú; motín conmovión contra el orden público o terrorismo;
- h) Los que se produzcan por efecto de terremoto, maremoto, erupción volcánica o cualquier otro tipo de convulsión de la naturaleza;
- i) Los que se produzcan como consecuencia de fusión o fisión nuclear por efecto de la combustión de cualquier combustible nuclear, salvo cobertura especial expresa."

70 Artículo 88: Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrate coberturas insuficientes será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados.

71 Artículo 10: Derecho a la cobertura

Cuando ocurra un siniestro por incumplimiento comprobado de las normas antes señaladas, el IPSS o la Entidad Prestadora de Salud que lo cubra, tendrá derecho a exigir de la entidad empleadora el reembolso del costo de las prestaciones brindadas.

Además, uno de los principios⁷² que inspiran las disposiciones contenidas en la referida ley, es el de responsabilidad⁷³, mediante el cual el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole, a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes; es por ello que, comprobado el daño sufrido por el trabajador y ante el incumplimiento del empleador del deber de prevención, se generará la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus herederos, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales⁷⁴.

De modo complementario, el artículo 94º del Reglamento de referida ley, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR, publicado el 25 de abril de 2012, precisa que, para afrontar la indemnización señalada en el párrafo anterior, debe existir una relación de causalidad entre el daño producido y el incumplimiento del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Así, dicho precepto especifica lo siguiente: "Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo".

De los antes citados, se desprenden con claridad la posibilidad que el empleador asuma el pago de una indemnización por daños y perjuicios por la producción de accidentes de trabajo. En tal sentido, la norma sugiere que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determine la indemnización cuando éste compruebe el daño acaecido; de lo cual se deduce que en los casos en que el ministerio no realice dicha comprobación (y determinación del pago de la indemnización), es posible que la indemnización por responsabilidad patronal se determine en la vía judicial, a través de una demanda de indemnización por daños y perjuicios, como en la actualidad viene sucediendo⁷⁵.

72 Otro de ellos es el principio de atención integral de salud, por el cual la referida ley señala que los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral. Lo anecdótico es que, a lo largo del contenido de la referida norma y su reglamento, no desarrolla como se materializará dicho principio.

73 Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783:

Título Preliminar

II. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

74 En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva, en atención a ello el artículo 53 de la citada ley establece lo siguiente: "El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva".

75 Así la jurisprudencia peruana viene aplicando criterios distintos respecto a la responsabilidad civil del empleador, la Corte Suprema de la República del Perú, durante el año 2016 tuvo enfoques distintos respecto a la responsabilidad civil frente a los accidentes de trabajo. Así, en la Casación Laboral N° 4258-2016 ha establecido, en base al criterio de la responsabilidad contractual que: "Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332º del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo".

De distinta manera se pronunció posteriormente, aplicando la teoría de la responsabilidad subjetiva, señaló en la Casación Laboral N° 18190-2016, al establecer que: "Estando a lo expuesto, debemos señalar que con la documentación que corre en autos el actor ha probado que el daño sufrido fue ocasionado por un accidente de trabajo realizando sus funciones como Serenazgo; sin embargo, no se advierte documentación fehaciente que acredite que la demandada hubiera tenido alguna conducta antijurídica, toda vez que el accidente sufrido por el actor como consecuencia de la caída del asiento del copiloto cuando el vehículo se encontraba en marcha no implica que hubiera sido producto de una negligencia de la empleada, más aún, si no se ha demostrado que el automóvil se encontraba en mal estado; además, se debe tener en cuenta que el accidente de trabajo aconteció en el año dos mil cuatro (2004) y la presentación de la demanda data del año dos mil doce (2012), transcurso del tiempo que impide a este Colegiado Supremo tener certeza de los hechos determinantes del accidente; en ese sentido, se puede concluir que pese a haberse acreditado el accidente de trabajo no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando ésta no ha sido probada, es decir, el demandante no ha acreditado en autos la supuesta negligencia de la empleada por el supuesto incumplimiento en realizar el mantenimiento correspondiente del vehículo, máxime, si el propio actor solo se limita a señalar que la culpa inexcusable de la demandada se debió porque le retiraron el apoyo para su rehabilitación, lo cual no es suficiente para imputar a la demandada la responsabilidad del daño sufrido".

URUGUAY

Por su parte, es clara la tendencia del legislador uruguayo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 la Ley N°16074⁷⁶, publicada el 19 de enero de 1990, al señalar que la responsabilidad por los accidentes de trabajo recae en el empleador, quien es responsable de los accidentes de trabajo que sufran sus trabajadores a causa del trabajo o “en ocasión del mismo”. Además, presenta la figura del seguro obligatorio⁷⁷. El empleador tiene la obligación de contratar un seguro que cubre este riesgo, y debe hacerlo en el Banco de Seguros del Estado, que actúa en régimen de monopolio con relación a este tipo de seguros.

El empleador subroga su responsabilidad de indemnizar el accidente de trabajo en el Banco de Seguros del Estado mediante la contratación de dicho seguro; asimismo, existiendo el seguro obligatorio, el trabajador accidentado y si fuera el caso, sus herederos, deben dirigirse directamente ante este ente asegurador, quedando eximido el empleador de toda responsabilidad por este concepto y siéndole inaplicables por tanto las disposiciones del derecho común en este caso, conforme se refiere en el segundo párrafo del artículo 7 de la referida ley⁷⁸.

La responsabilidad del empleador frente a los accidentes de trabajo es amplia, dentro del sistema uruguayo, comprende también a los accidentes producidos mediante culpa del trabajador (leve o grave), o por caso fortuito o fuerza mayor; distinto a muchos otros ordenamientos en la región. Asimismo, el trabajador accidentado sólo pierde el derecho a la indemnización cuando provocó el accidente en forma dolosa⁷⁹.

La indemnización del daño, esto es la indemnización tarifada a la que tienen derecho el trabajador accidentado es la establecida por la propia ley. La limitación de la responsabilidad del empleador a la indemnización tarifada se produce en el caso de que en el accidente haya mediado dolo del empleador o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención.

Si se configuró dolo o culpa grave del empleador en el incumplimiento de norma de seguridad o prevención, el trabajador podrá reclamar directamente al empleador la reparación del daño o de la parte del daño no reparado por el Banco de Seguros del Estado, en base a las reglas de la responsabilidad civil. Además, el citado ente asegurador prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los trabajadores, con independencia de que sus empleadores hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos; sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar a ejecutar⁸⁰.

76 Artículo 2°.- Todo patrono es responsable civilmente de los accidentes o enfermedades profesionales que ocurran a sus obreros y empleados a causa del trabajo o en ocasión del mismo, en la forma y condiciones que determinan los artículos siguientes.

77 Artículo 1°.- Declárase obligatorio el seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previsto en la presente ley.

78 Artículo 7°.- Las personas amparadas por la presente ley, y en su caso, sus derecho-habientes, no tendrán más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que los que la presente ley les acuerda, a no ser que en éstos haya mediado dolo por parte del patrono o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. En este caso además el Banco podrá aplicar las sanciones correspondientes (Pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas).

Acreditada por el patrono la existencia del seguro obligatorio establecido por la presente ley, la acción deberá dirigirse directamente contra el Banco de Seguros del Estado, quedando eximido el patrono asegurado de toda responsabilidad y siendo aplicables por tanto las disposiciones del derecho común. Todo ello sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso anterior.

79 Artículo 9°.- Los siniestrados y en su caso los causahabientes, mantienen el derecho a la indemnización aun cuando el accidente se haya producido mediante culpa leve o grave de parte de aquéllos, o por caso fortuito o fuerza mayor, pero lo pierden en el caso de haberlo provocado dolosamente.

También pierde el siniestrado todo derecho a indemnización, cuando intencionalmente agrave las lesiones, o se niegue a asistirse o prolongue el período de su curación.

80 Artículo 8°.- El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar. Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional. A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas o no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica. El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y el reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36. Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que correspondan.

La fórmula usada por el legislador uruguayo fue la de indicar que el trabajador no tendrá más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo, que los que la referida ley les otorga a manera de indemnizo, salvo que en estos accidentes haya mediado dolo por parte del empleador o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. En estos casos, el Banco de Seguros del Estado podrá aplicar las sanciones correspondientes (pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas); es decir que, en estos supuestos, el ente asegurador solicitará, por ejemplo, el reembolso de los gastos médicos y del capital para servir la renta en caso de que el accidente haya ocasionado una incapacidad permanente o la muerte del trabajador. Además, será el juez quien determinará en el caso concreto la configuración de la culpa grave del empleador en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención; para ello analizará el conjunto de circunstancias de la situación en particular, a fin de establecer el monto correspondiente al resarcimiento del daño.

La ampliación de la responsabilidad del empleador (a través del resarcimiento del daño) en el fuero común, en los supuestos antes referidos, fue una modificación introducida en el sistema uruguayo por la citada ley, eliminando la injusticia del sistema anterior que equiparaba la situación del empleador cumplidor de las normas de seguridad con el patrono que no las respetaba. (MANGARELLI, 2014).

7 CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo hemos tratado de exponer cuales fueron los orígenes de la ocasión como requisito presente en el desarrollo del accidente de trabajo, es importante traer a colación, en este tramo final, que la evolución del concepto respondió principalmente, y como sucede en gran parte de las instituciones propias del Derecho al Trabajo, al enfoque (doctrinal, jurisdiccional y legislativo) que se dio directamente al contrastarse la teoría con la realidad, a como esta se iba presentado; así en un inicio se partió de los principios rectores de la responsabilidad civil, por lo que en el accidente de trabajo primo más que todo el criterio de causalidad, porque era lo que la doctrina civilista preponderante en ese momento impuso, hecho que a la postre fue superado.

La ocasión en el trabajo empieza a tener mayor protagonismo, no solo en Italia, sino en cualquier ordenamiento jurídico en el cual el seguro contra accidentes de trabajo evidenciaba su naturaleza obligatoria y social, esto es, que se busque como primer punto la necesidad de tutelar al trabajador, garantizando su condición no solo como tal, sino como ciudadano, ante la problemática generalizada del creciente número de accidentes de trabajo. Esto nos lleva a referirnos al término italiano "*bisogno*", que no encuentra un equivalente exacto en el español, porque no se refiere solo a una necesidad cualquiera, sino a la necesidad vital, esencial y primordial para seguir viviendo, es así que los sistemas de seguridad social buscan cautelar dichas necesidades, entre ellas la salud de los ciudadanos y evidentemente, inmersa esta, la de los trabajadores, en el entendido del papel que juega el trabajo en el progreso y desarrollo de las sociedades.

En este escenario, la participación del riesgo profesional es protagónico, porque permitió, en un primer momento, ampliar la visión de la tutela del seguro obligatorio en Italia, esta se expandió, ya no es más el criterio de causalidad el que rige, sino el de la ocasión que va más ligado al aspecto teleológico que provoca el accidente, el trabajo es ese fin y no es más entendido como el causante de los accidentes, no es generador de ellos, pero sí de los peligros que a partir de él se originan, lo que la doctrina empieza a llamar riesgos profesionales, que pueden o no causar daño, justamente la condición para que el daño se produzca está en la ocasión, ese elemento que no está directamente relacionado con el trabajo pero que gira en torno a él y que al sumarse al riesgo profesional desencadenan el accidente de trabajo.

Como hemos mencionado, la necesidad de tutelar al trabajador contra los accidentes de trabajo tiene un trasfondo social, existe un interés colectivo que proteger, es así como, con el desarrollo de la industria, los riesgos profesionales como eran concebidos inicialmente se vinieron reduciendo, esto aunado al progreso de la tecnología y a un adecuado sistema de prevención contra este tipo de riesgos, colabo-

raron a que estos índices decrezcan. Pero, la tutela estaba allí y el interés social de continuar otorgando esta cobertura permanecía latente, entonces cada vez menos eran los accidentes provocados por un riesgo directamente relacionado con el trabajo, empezaban a tener más incidencia aquellos riesgos genéricos, que podrían no solo afectar al trabajador, sino a cualquier otra persona pero que, a través de la ocasión del trabajo, fueron redirigidos a un escenario profesional; así empieza a darse cobertura a los accidentes ocurridos por caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa del trabajador o de terceros, es a través de la ocasión que se logra dar ese plus de finalidad laboral a estos eventos.

Ahora, en Sudamérica la cosa es distinta, en muchos de nuestros ordenamientos se encuentra presente el término ocasión, pero solo es referencial, no tiene un rol preponderante, en algunos casos se aplica como sinónimo de causa. Asimismo, también están presente los seguros contra accidentes de trabajo, de naturaleza obligatoria o complementaria a los sistemas de seguridad social, pero estas formas de tutela no evolucionaron y al no evolucionar, la ocasión de trabajo no pudo extenderse tampoco, entonces preexiste hasta ahora la tendencia a establecer los criterios de la responsabilidad civil, esto porque dichos seguros no otorgan una cobertura indemnizatoria adecuada, no son universales, carecen de automaticidad, presentan falencias estructurales considerables, que hacen que el trabajador accidentado tenga que recurrir a una vía alternativa, administrativa o judicial, para salvaguardar un interés propio, que debería ser entendido también por estos lares como un necesidad social para hacer frente a una problemática de la que no somos ajenos, porque la tutela contra accidentes de trabajo no es propio de determinados países, sino tiene carácter global. Entonces, el trabajador accidentado, en muchos países sudamericanos, busca lograr obtener, a través de estas vías alterativas, una mejor cobertura indemnizatorio y de ser el caso, el resarcimiento del daño; esto conlleva a la aplicación de los criterios de la responsabilidad civil evidentemente, para establecer la culpabilidad de la producción del hecho antijurídico.

Este embrollo, respecto a la tutela contra los accidentes de trabajo, tiene un origen, es la poca inversión en tecnología, no solo en tecnología de seguridad y salud en el trabajo, sino en tecnología industrial en general, se prefiere en este lado del mundo, a nivel empresarial, continuar con los viejos sistemas de producción en desmedro de la salud del trabajador, esto porque la necesidad social de otorgarle una mayor protección, a nivel gubernamental no es aún materia de agenda política, no existe un interés real de los Estados de establecer acciones punitivas o incentivos (principalmente de índole económico, tributario o fiscal) para este tipo de actividades laborales generados del mayor índice de riesgos profesionales, para que dé una vez inviertan en tecnología y seguridad. No es casualidad que en los tradicionales países de economías más avanzadas, como en aquellos que en las últimas décadas han desarrollado exponencialmente sus economías, en la actualidad, sus índices de accidentes de trabajo se hayan reducido, esto porque han visto que la inclusión de la tecnología en las empresas, no solo trae mayor desarrollo económico sino, de manera directa, también los lleva a invertir en seguridad industrial, hechos que les traen como consecuencia ahorrar en los gastos que tendrían que hacer frente a la producción de continuos accidentes de trabajo.

REFERÊNCIAS

AGNELLI, Arnaldo, V. *Infornunio degli operai sul lavoro*, en *Enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1902. V.1;8

ALIBRANDI, Giuseppe. *I soggetti e l'oggetto del rapporto di assicurazione sociale*. En Luisa Riva Sanseverino Riva e Giuliano Manzoni (*diretto da*), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Previdenza sociale. CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova. 1971, v.3

ALIBRANDI, Giuseppe. *Infornunio sul lavoro e malattie professionali*. En Francesco Facello y Patrizio Rossi (*a cura di*), 11. Ed. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

ALPA Guido, BESSONE Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 1960.

- AYALA CACERES, Carlos Luis. **Legislación en Salud Ocupacional y Riesgos Profesionales**. 3. Ed. Ediciones Salud Labora. Bogotá, 2005.
- BALDI, Guido Maria. **Cronache e storie della simulazione**. Appunti e noterelle ai margini del processo di Roma, en Rassegna della previdenza social, 1930. X, 7.
- BALERA, Wagner. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 2007.
- BARAONA, Jorge. **La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo, dogmática y jurisprudencias chilenas, en AAVV, La responsabilidad por accidentes del trabajo (Jorge Baraona y Pedro Zelaya editores)**, Cuadernos de Extensión Jurídica-Universidad de los Andes, Santiago, 2005.
- BARASSI, Ludovico. **Previdenza Sociale e Lavoro Subordinato**. Milano: Giuffrè Editore, 1954.
- CARNELUTTI, Francesco. **Infortunati sul lavoro**, I. Athenaeum, Roma, 1913.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. Ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- CORSALINI, Guglielmo. **Gli infortuni in itinere**. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno, Wolters Kluwer Italia s.r.l., Milano, 2009.
- DE MATTEIS, Aldo. **L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali**, Utet, Torino, 1996.
- DE MATTEIS, Aldo. **Infortunati sul lavoro e malattie professionali**. Giuffrè Editore, Milano, 2011.
- DEL PUNTA, Riccardo. **Diritto di Lavoro**. 9. Ed. Giuffrè Editore, Milano, 2017.
- EWALD, François (1987). **Assurance Sociale, en l'etat providence**, Livro III, Bernard Grasset, Paris, 1987.
- FERRARI Genaro; FERRARI Giulia. **Infortunio sul lavoro e le malattie professionali**, Cedam, Padova.
- FIANDACA Giovanni; MUSCO Enzo. **Diritto Penale-Parte general**, Zanichelli, Bologna, 2007.
- FUSINATO, Guido. **Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile**, Scritti giuridici, 1921, Fratelli Bocca, Torino, 1887. V.2.
- GIUDICI, Italo. **Un caso di truffa in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro**, en Rassegna della previdenza social, 1924. III, 25.
- HERNANDEZ, Salvatore. **Lezioni di storia della previdenza sociale**, CEDAM, Padova. 1972.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa. **Sistema de prevención de riesgos laborales**. 3. Ed. Editorial Tecnos, Madrid. 2015.
- KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y OCHOA CÁRDICH Cesar. **Derecho Constitucional Económico**, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- LUDOVICO, Giuseppe. **Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro**. Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- LUDOVICO, Giuseppe. **L'oggetto della tutela**, en Stefano Giubboni, Giuseppe Ludovico y Andrea Rossi, Infortuni sul lavoro e malattie professionali, Cedam, Padova, 2014..
- LUDOVICO, Giuseppe. **Infortunio sul lavoro e malattie professionali: Tutela previdenziale e risarcimento del danno**, en Gaetano Natullo y Paola Saracini (a cura di), Salute e sicurezza sul lavoro, Editoriale Scientifica s.r.l., Napoli, 2017.
- LUDOVICO, Giuseppe. **Origen y evolución del seguro obligatorio de accidente de trabajo y enfermedades profesionales en Italia**, en **Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social**, V. 8, N. 15, p. 13-36. 2017.

MANGARELLI, Cristina. Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Republica**, UDELAR, Montevideo, 31, p. 203-2011, 2014.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. Cedam, Padova. 1992.

MELO, Raimundo Simão De. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. Ed., São Paulo: LTr, 2013.

MIRALDI, Giovanni. **Autolesionismo e simulazione nel campo degli infortuni sul lavoro**: L'azione della Cassa nazionale infortuni, en *Rassegna della previdenza social*, I, 34. 1929.

MORI, A. Della evoluzione della legislazione di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, en **Rivista degli infortuni e delle malattie professionali**, I, 1950.

NEVE MUJICA, Javier. **La seguridad social en la constitución**, en **La constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación** (a cura de Francisco Eguiguren Praeli), Cultural Cusco Editores, Lima, 1987.

NICOLINI, Giovanni. Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile, en **Rivista di diritto del lavoro**, 1966.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 9. Ed., São Paulo: LTr, 2017.

ORTIZ, Edilson; BIROLI, Silvio Luis. O acidente do trabalho e as responsabilidades do empregador, en **Revista interfaces: ensino, pesquisa e extensão**, Ano 1, nº 1, p. 53-62, 2009.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo, en **Actualidad laboral**, Nº 1, 1992, p. 37-44, 1992.

PESSI, Roberto. **Lezioni di diritto della previdenza sociale**, Cedam, Padova, 2006.

PEZZOLI, Liberato. Associazioni sindacali e prevenzione infortuni. En **Rivista italiana di previdenza sociale**, 1953.

PIC, Paul. **Traité élémentaire de législation industrielle**: Les lois ouvrières, A Rousseau, Paris, 1903.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Accidente de trabajo: ¿Seguro mercantil o Seguro Social?" en **Revista de Política Social**. Nº 120, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 7-27, 1978.

RAMÍREZ GRONDA, Juan. **Derecho del Trabajo**, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1938.

RIZ, Roland. **Lineamenti di Diritto Penale**-Parte general, CEDAM, Padova, 2000.

RODRÍGUEZ MESA, Rafael. **Sistema de Riesgos Laborales**, Universidad del Norte Editorial, Barranquilla, 2015.

ROMANO, Mario. **Commentario sistematico del Codice Penale**, I, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

ROMERO MONTES, Francisco. La competencia y los riesgos laborales, en Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia, Año 4, N. 10, **Centro de Investigaciones Judiciales**, Lima, p. 1-14. 2006.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Rischio e bisogno nella previdenza sociale, in **Rivista italiana di previdenza sociale**, 177, 1948.

SCHULZ, Georg. **Abgrenzung zwischen Unfallversicherung und Krankenversicherung**, Berlín, 1928.

SIERRA HERRERO Alfredo; NASSER OLEA Marcelo. Responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores. Enfoque jurisprudencial, en **Revista Chilena de Derecho**, v. 39, Nº 1, p. 57-76, 2012.

VALLEBONA, Antonio. **Breviario di Diritto del Lavoro**. 9. Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.

LA INCLUSIÓN LABORAL PARA EL TRABAJO DIGITAL

LABOUR INCLUSIÓN FOR DIGITAL WORK

Julio Ismael Camacho Solís¹

Juan Carlos Román Fuentes²

Resumen: Los avances, la sistematización de la vida cotidiana; así como las comunicaciones innovadoras intercalados con los sistemas de información de hoy día son determinados por el desarrollo tecnológico mundial, así como por plataformas digitales, estos esquemas han influido diversos ámbitos de la sociedad en general y de manera particular en las relaciones de trabajo sean estas sean estas informales o formales que han generado nuevas formas de relacionarse con una determinada característica que impacta en la organización y en el desarrollo del trabajo que da como resultado que las empresas y organizaciones diseñen diversas modalidades, basada en sus propias necesidades empresariales para contratar trabajadores con alguna característica en particular, donde por lo consiguiente quedan fuera de los ordenamientos jurídicos típicos y tradicionales que protegen los derechos de los trabajadores, que dan certeza jurídica a la relación laboral.

Palabras Clave: Inclusión. Trabajo. Tecnología.

Abstract : *Progress, the systematization of everyday life; as well as innovative communications interspersed with today's information systems day are determined by global technological development, as well as by digital platforms, these schemes have influenced various fields of society in general and of especially in labour relations are either informal or formal that they have generated new forms of relating to a particular characteristic that impacts on the Organization and in the development of the work that yields a result that the companies and organizations to design various modalities, based on your own business needs to hire workers with some features in particular, where therefore fall outside the typical legal systems and traditional that they protect the rights of workers, which give legal certainty to the employment relationship.*

Key words: Inclusion. Jobs. Technology.

¹ Académico de Tiempo completo de la Facultad de Contaduría y Administración C-I de la Universidad Autónoma de Chiapas. académico.chiapas15@hotmail.com

² Académico de Tiempo completo de la Facultad de Contaduría y Administración C-I de la Universidad Autónoma de Chiapas. juanrcf@gmail.com

1 EL TRABAJO DE LO DIGITAL

El desarrollo de las relaciones laborales ha transitado desde la era industrial, donde la mano de obra masiva trabajaba junto con las máquinas para producir bienes y servicios, a la era del acceso, como se considera la actual, donde las máquinas inteligentes, en forma de software de ordenador, robótica, nanotecnología, biotecnología, aplicaciones, sustituyen progresivamente la mano de obra humana en la agricultura, la industria y el sector servicios. La actualidad social del mundo se mueve de forma gradual, pero firmemente hacia el uso de plataformas digitales.³

En la era digital, el trabajo no necesariamente genera piezas o productos tangibles, sino conocimiento, por lo que es mucho más difícil medir la productividad. Las condiciones laborales cambian, se mueven y las necesidades se ajustan. La competitividad se ha vuelto voraz y busca caminos para encauzar los mecanismos de trabajo que le permitan lograr sus objetivos, las empresas comprimen la mano de obra para mantenerse vigentes del negocio, sector e industria en el que participan.

En la actualidad los trabajadores en general ofrecen su trabajo en el mercado bajo serias condiciones de desventaja, exclusión, limitaciones, incompetencia, ignorancia, información errónea e incertidumbre, los empleadores no encuentran en el mercado de trabajo mejores condiciones asequibles de los trabajadores cuando se trata de localizar trabajadores disponibles para puestos que requieran determinadas habilidades digitales.

En la legislación laboral en el caso de Mexico, no se contempla definición alguna que pueda contener lo siguiente:

Habilidad digital: Habilidades y conocimientos para el desarrollo personal en cualquier situación de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. Implica desde la capacidad para usar dispositivos digitales (computadoras, teléfonos inteligentes, entre otros) hasta hacer uso de Internet, de tal forma que puedan ser aprovechados para permear en todas las actividades de las personas sean estas sociales, relación con el gobierno o económicas.

Inclusión digital: es la democratización del acceso a las Tecnologías de la Información y Comunicación de tal forma que toda la población pueda insertarse con éxito en la Sociedad de la Información y del Conocimiento.⁴

Cuando resumimos nuestros conocimientos actuales sobre los efectos de la modernización, la globalización digital se manifiesta como el medio en general más constante para acumular aprendizaje, dando como resultado el de llegar a la trivial conclusión: Los medios digitales como enlace y sus atributos específicos pueden tener un efecto positivo en el aprendizaje bajo ciertas condiciones y pueden ser usados como herramientas efectivas para propósitos de instrucción⁵.

El avance de la utilización internet como herramienta para el trabajo ha modificado los escenarios de comunicación para las organizaciones. Ahora el reto es la participación y el intercambio bidireccional en un ambiente caótico, abierto e interactivo que demanda diálogo, confianza y credibilidad entre lo que se dice y lo que se hace.

La reasignación de la mano de obra a los sectores laborales al creciente uso de tecnologías de información, es gradual y sostenido, manteniendo uniformidad ya que requiere en buena medida de mano de obra altamente capacitada, que no siempre o casi nunca perciben salarios adecuados, que con las inno-

3 GONZÁLEZ GALLARDO, Hugo, Inteligencia artificial, El futuro, ahora. Revista Universo del Capital Humano, año, v. 1, México, 2018, p.17.

4 Estas definiciones están contenidas en la Estrategia digital Nacional del Gobierno Federal de Mexico 2012-2018, lo que sin duda representa un avance, fuera de estas definiciones, los resultados que arrojan enormes limitaciones estructurales por el complejo territorio que ocupa nuestro país, por lo que como proyecto resulta incluyente al menos en las definiciones, pero como gestión pública resulta fallida para poder presentar esos avances con relación al ámbito de generar empleo digno y decente y abatir rezago educativo.

5 ESCAMILLA DE LOS SANTOS, José. Selección y uso de tecnología educativa. México: Trillas, 1998, p.18.

vaciones tecnológicas de hoy, se notaran estas diferencias con mayor diversificación sobre todo en la informática o en los sistemas junto con sus componentes, estas que procuran incrementar la variable de valor con conocimiento en los productos y en la sociedad consumidora lo que conlleva que la empresa, patrón o centro de trabajo se conviertan en una unidad económica de la modernidad, tecnología y el desarrollo.

¿Qué va a ser del trabajo a lo largo del siglo XXI? ¿Qué empleos van a desaparecer? ¿Cuáles se van a crear? ¿Cómo serán? ¿Alcanzarán para todas las personas? ¿Trabajaremos más o trabajaremos menos? ¿Las generaciones jóvenes emergentes y venideras vivirán mejor o peor que las precedentes? el trabajo es un componente esencial en las vidas de los cambios en el trabajo y el empleo, siempre ha habido. Lo nuevo ahora es la velocidad y el impacto de estos cambios por efecto simultáneo de la globalización y la digitalización.

En el Derecho del trabajo de hoy se aprecia, que hoy vivimos un mundo sustantivamente diferente al de nuestros padres, distinto incluso a aquél en el que transcurrió nuestra juventud. Los paradigmas que han transformado nuestro entorno social, económico. Político, jurídico, cultural y aún personal o familiar, en especial la época postrera del pasado siglo, que han madurado en los cambios mencionados son la globalización o mundialización, las nuevas tecnologías, la integración, la descentralización productiva y más en la entraña de nuestro mundo del trabajo la flexibilización laboral.⁶

Los trabajadores del presente y del futuro son todos aquellos que basados en su conocimiento polivalente, tienen máxima movilidad para llevarlo a cualquier lugar y ponerlo al servicio de cualquier empresa, sin ataduras fijas e inflexibles, además sin vínculos estables, de modo nómada o errante, por lo que el 45% de la población para el año 2022, será una sociedad nómada del conocimiento, convirtiendo este perfil profesional en el mayor segmento de la fuerza laboral.⁷

Los empleos del presente actual, así como los del futuro cercano, requieren de una formación tecnológica, al menos los jóvenes necesitarán una sólida base teórica, una buena formación práctica y estar en contacto con el mundo del hardware y del software. Los trabajos manuales y repetitivos serán los que tendrán mayor probabilidad de ser reemplazados por máquinas, aunque se producirá mediante un proceso constante con determinadas incertidumbres.⁸

En ese sentido la cautela se debe imponer; La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha alertado que no se puede hablar de desaparición de puestos de trabajo, sino de que cada puesto de trabajo, se puede descomponer en tareas, y de que las máquinas asumirán una parte de estas, en gran medida por la digitalización de la propia robotización, derivado justo de las olas de innovación tecnológica.⁹

6 PASCO COSMOPOLIS, Mario. AIDJDDTSSGC Instituto jalisciense de Investigaciones jurídicas, Exclusión y desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica, Guadalajara, 2011. Jalisco.p.75.

7 GRIFOL, Daniel, ¿Qué es un Knowmad? Disponible em: <<http://danielgrifol.es/que-es-un-knowmad/>>. Acceso em: 13 de jun. 2018.

8 CONFEDERACIÓN Sindical de Comisiones Obreras, Crece el empleo en la industria, pero precario temporal, parcial y rotativo. Disponible em: <<http://www.industria.ccoo.es>>. Acceso em: 17 de mayo 2018.

9 Datos con información que en el libro blanco del futuro del trabajo, de la empresa municipal Barcelona activa, elabora para el desarrollo económico de la ciudad y su entorno en la que integra como misión y sus valores hacer énfasis en la igualdad de oportunidades y el progreso social, integrando la perspectiva de género y el emprendimiento colectivo y sostenible.

2 INCLUSIÓN LABORAL

Los procesos de precarización y desregulación laboral se convierten en los eslabones de un círculo vicioso, que se perfeccionan mediante la polivalencia, la movilidad interna y la exigencia de otras calificaciones como la flexibilidad funcional, donde la facilidad de los despidos, la subcontratación y la vinculación de los salarios con la carga de trabajo son el reflejo de ello.¹⁰

Una muestra de ello lo es el artículo 56 Bis de la Ley Federal del trabajo vigente en México; que determina: Los trabajadores podrán desempeñar labores o tareas conexas complementarias a su labor principal, por lo cual podrán recibir la compensación salarial correspondiente. Para los efectos del párrafo anterior, se entenderán como labores o tareas conexas o complementarias. Aquellas relacionadas permanente y directamente con las que estén pactadas en los contratos individuales y colectivos de trabajo o, en su caso, las que habitualmente realice el trabajador.¹¹

Lo anterior sin duda le infiere determinada flexibilización unilateral, en las propias condiciones de trabajo, existan por escrito o no, que permite al patrón encomendar labores extraordinarias o eventuales, lo que puede implicar la prolongación de la jornada, no gozar los días de descanso en aras por ejemplo de la implementación de determinadas tecnologías encaminadas a incrementar la productividad, por los aspectos tecnológicos y digitales.¹²

La introducción de tecnologías en los procesos de trabajo, puede significar un cambio en la estructura organizacional de las empresas y centros de trabajo, la propia inercia de una organización puede ser un obstáculo infranqueable para el uso de cualquier tecnología como herramienta para el trabajo.

De tal manera que la nueva producción global disminuye la importancia del trabajo manual, lo cual significa que el mundo laboral se está haciendo más abstracto, más inmaterial, ahora el valor se basa en la capacidad de ser accesado, hoy lo esencial no es dominar un territorio sino tener acceso a una red con conectividad.¹³

Lo que derivado de manera inercial es que existe una exclusión social de nuevas clases sociales del mundo del trabajo en general de índole mundial a mencionar:

- 1) La hiperclase, con todos los medios de conocimiento e información y la capacidad de manipulación.
- 2) Los nómadas de la miseria, millones de personas en la pobreza, obligadas a luchar para sobrevivir.
- 3) El resto una gigantesca clase media que vivirá en la esperanza de alcanzar a la hiperclase.¹⁴

Por ello el valor propio del trabajo resulta secundario, se reduce su importancia central, se traduce solo como la generación de empleo que se deriva del crecimiento económico, pero resulta más básico aún encontrar caminos para construir verdaderos procesos de globalización digital con equidad, que debiera de garantizar un amplio respeto por el mínimo básico de normas de protección del trabajador.

10 TORRES GÓNGORA, Beatriz, El trabajo actual entre la escasez y la precariedad, UADY, Mérida, 2011, p.54.

11 LEY Federal del Trabajo, Editorial Porrúa, México, 2017, p.148.

12 De igual manera a lo que establecen los artículos 6.2, 7.9 y 12.2, b, c, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las condiciones de trabajo serán equitativas y satisfactorias, además de un salario remunerador, por lo que las labores conexas y/o complementarias, deberán ser dentro de la jornada de trabajo sin que esta se extienda y recibir además capacitación en condiciones de higiene y seguridad.

13 DE MARÍA y Campos Mauricio, El gran desafío, construir un futuro común a partir de las coincidencias ciudadanas, no obstante las diferencias y las desigualdades, Periódico El financiero 2018. Consultado 7 de julio de 2018. Disponible en: <<http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/mauricio-de-maria-y-campos>>. Acceso em: 17 de mayo 2018.

14 GOROSTIAGA, Xabier, La nueva realidad, Universidad Centroamericana, 2014, p.67.

La intermediación mediante una plataforma digital entre oferta y demanda de trabajos en general es una de las transformaciones radicales que está viviendo el mundo del trabajo desde hace unos años; no se habla de una mera sustitución del canal o del apoyo mediante de como enterarse donde hay trabajo; es decir se han creado miles de aplicaciones digitales en teléfonos inteligentes en las que se ofrecen y encuentran, no tanto puestos de trabajo sino miles de tareas.¹⁵

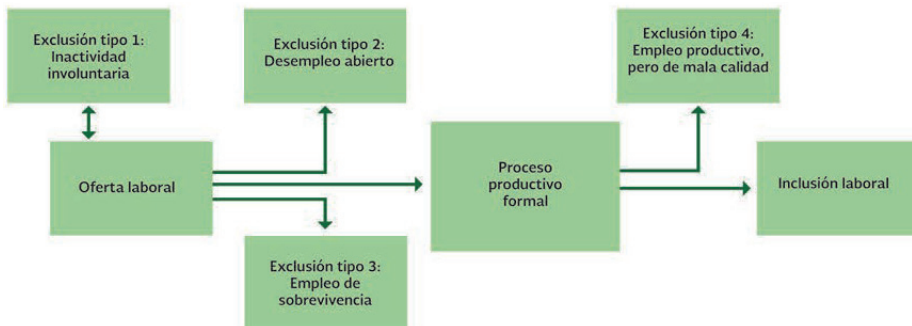
Los seres humanos del siglo XXI, son de dos mundos, el mundo en línea (*online*) y el mundo fuera de línea (*offline*) que insta e incita a construir nuestros modos y medios, valiéndose de estrategias, instrumentos ofrecidos por la tecnología informática.¹⁶

De cada 10 cibernautas tienen un teléfono inteligente; que seis de cada diez pagan un plan de datos y que ocho de cada diez se conectan desde su casa, así como enviar y revisar correos electrónicos es la segunda actividad más popular en internet, sólo por debajo del acceso a las redes sociales.¹⁷

Esta actualidad de desarrollar la forma trabajar vía correo electrónico, como herramienta adicional, para simplificar actividades, incluso fuera de la jornada laboral, sin duda es la eficacia del control tecnológico, con ilimitadas formas dando paso a una subordinación centralizada y objetiva, que deja rastro perenne y cibernético, incluso de manera automática.

De igual manera se considera que la falta de empleo refleja la exclusión social entendida de la siguiente manera que se centra en personas con alguna característica siguiente: a) con discapacidad física, psíquica o sensorial, en tanto que ello favorece su situación de exclusión social; b) con fracaso escolar: jóvenes con riesgo de exclusión social por sus dificultades escolares y que cursan programas de garantía social, de cualificación profesional inicial, de diversificación curricular, y cualquier otra oferta formativa que incluya la integración de los diversos tipos de exclusión que se esquematizan desde oferta laboral, el desempleo, empleo improductivo, el empleo de sobrevivencia como lo es la informalidad mediante el autoempleo, por ello la alfabetización digital para el empleo formal deberá de tal manera ser como lo ilustra de manera secuencial la gráfica siguiente:

Grafica 1: Tipos de exclusión laboral



Fuente: Elaboración propia en base en estudio sobre inclusión laboral avances y retos, Mexico, STPS 2015.

15 LIBRO blanco del futuro del/de los trabajo/s. Reflexiones para una nueva política económica local, Ajustament de Barcelona. Barcelona activa, 2018. p.10.

16 Idem.

17 OLIVETE VIVAS, Pablo, Reivindicando el humanismo digital, Periódico digital El Economista, Editorial Ecoprensa, México. Disponible en: <<http://www.economista.es/firmas/noticias/8997275/03/18/Reivindicando-el-Humanismo-Digital.html>>. Asociación Mexicana de Internet, consultado 2 de mayo 2018.

De tal manera la informalidad se puede entender que es la que correspondía a las personas que trabajaban en el sector definido como informal, que detonan la desprotección laboral, empuja como la forma más usual de exclusión formal para el acceso al empleo, se compone por unidades económicas de empleo informal que cumplen tres condiciones: 1. Son micronegocios; 2. No están proscritos por la ley; 3. El negocio no tiene un patrimonio distinguible de la persona o familia que lo opera, por eso se califica como una división del sector de hogares. Además, usualmente no cumple con pagos de impuestos, seguridad social y demás obligaciones inherentes. Así de tal manera que la economía informal se ha relacionado con el crecimiento real de la economía globalizada a mayor tasa de crecimiento económico menor desempleo y, por tanto, menor proporción de la población económicamente activa ocupada en el sector informal.

Una empresa informal tiene una serie de desventajas, entre las cuales destacan: el menor acceso al crédito y la menor integración a la cadena productiva. Asimismo, se observa también una insuficiencia del desarrollo tecnológico, bajos niveles de productividad y escasa o nula capacidad gerencial que pueda mantener o sostener relaciones de trabajo con el pago de por lo menos los mínimos legales obligatorios.

Las actividades que pueden difícilmente evidenciar al trabajo informal se pueden clasificar en base a dos criterios: por un lado atendiendo a la naturaleza de la actividad realizada y, por otro lado atendiendo al grado de desarrollo de la actividad formal, lo que implica que las actividades informales y las empresas informales hacen imposible la identificación de dicho sector.

El trabajo informal o la informalidad representa otra coyuntura toral para nuestros tiempos en el país y en nuestros países; la misma OIT define a los trabajadores informales como: El Conjunto de personas ocupadas en el servicio doméstico, trabajadores ocasionales, trabajadores por cuenta propia (excepto profesionales y técnicos) y patronos, empleados, obreros y trabajadores familiares ocupados en empresas cuyos efectivos no excedan de cuatro.¹⁸

Es decir, son aquellas personas que trabajan de manera independiente e individual y que al mismo tiempo emplean a otras personas; y que ello no los hace tener un empleo fijo, si no ocasional, aunque la realidad nos demuestra que esto no es así, ya que existen personas que cuentan con empleos por tiempo indeterminado completamente en la informalidad, carentes de protección laboral y de cualquier prestación social, que por lo consiguiente se insertan en la vulnerabilidad laboral que los excluye de inmediato.

Según la recomendación N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la política del empleo, se denominaba al sector informal como el sector no estructurado y se entendía a éste como: Las actividades económicas realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizada, a decir de este instrumento, se considera al sector informal como un grupo marginal, pero sobre todo vulnerable debido a que no existe reconocimiento por parte de la ley y, en consecuencia, no reciben protección jurídica alguna, reconociendo de tal manera su propia exclusión social.

Una variedad de significados y la diferencia de las realidades en las cuales se manifiestan, lo que nos aproxima a una definición de informalidad a partir de dos perspectivas:

- 1) Si tomamos como partida el orden jurídico: La informalidad abarca a aquellas actividades que operan sin conformidad con el marco regulador vigente.
- 2) Si la apreciamos desde el criterio económico: Se refiere a la ausencia o desarrollo de moderna tecnología o la falta o a la sobra de capital humano y físico para el desarrollo de actividades empresariales.

Así, la informalidad se refiere a la economía de la pobreza y a procesos que gravitan en la exclusión social, son actividades que representan un medio de supervivencia frente a los constantes cambios operados en la realidad. Se trataría de una pobreza de tipo estructural que deriva de los momentos más altos de la crisis de los años ochenta a lo que se agrega la nueva pobreza vinculada a los procesos

¹⁸Disponible em: <[http://www.ilo.org/global/about-the/ilo/newsroom/OIT El empleo atípico, una característica del mundo de trabajo / news/WCMS_534127/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the/ilo/newsroom/OIT%20El%20empleo%20at%C3%ADpico,%20una%20caracter%C3%ADstica%20del%20mundo%20de%20trabajo/news/WCMS_534127/lang-es/index.htm)>. Acesso em: 16 de Mayo, 2018.

de ajuste más recientes, como lo son la modernización, la tecnología y sobre todo la digitalización, donde se gestaría además como resultado de procesos de descentralización productiva de manera que se puedan conseguir sistemas más flexibles para permitir la movilidad de los trabajadores.

El concepto de capital social, si bien en un comienzo se utilizó como aquella habilidad para detonar la capacidad de los grupos desposeídos, para reaccionar frente a las crisis económicas, a las fallas del mercado y a los efectos de la desigualdad económica, así como de la flexibilización y desregulación laboral el debate en curso ha permitido también analizar lo que ha contribuido a perpetuar la exclusión social y la reproducción de la pobreza laboral.¹⁹

También se presupone que los informales son los desposeídos y los más pobres de los trabajadores, sin derecho a nada y que sus actividades son de subsistencia, cuyos productos y servicios que ofrecen son marginales al mercado.²⁰

Son excluidos por las intensas jornadas de trabajo que prestan, sin descanso, sin seguridad social y sujeto a siniestralidad laboral, se encuentren en el desempleo abierto, subempleo, la informalidad o la ilegalidad, son sin duda los sujetos de diversas formas ocupacionales, desprotegidas, flexibles y desreguladas.²¹

La inclusión desde la perspectiva laboral, representa el alcance e implicaciones de los conceptos de inclusión y exclusión laboral, a los que se identifican como conceptos gemelos, en tanto se requieren procesos que permiten el acceso de una parte de la población a empleos productivos con condiciones laborales favorables o adecuadas, mientras que otra parte de la población no tiene acceso a este tipo de empleo, es necesario enfatizar que el concepto de inclusión laboral es un componente fundamental para alcanzar la inclusión social, o dicho en otros términos, es un factor determinante para combatir la exclusión social.

En una economía global, donde el capital humano es un aspecto crucial para la competitividad, las desigualdades que implica, entre otras cosas, no desarrollar la capacidad y el conocimiento de los individuos hasta niveles óptimos, pueden frenar el ritmo del crecimiento y el combate de la pobreza.²²

2.1 GÉNERO Y TRABAJO

La pobreza vista desde la perspectiva de género plantea que la exclusión para las mujeres es por razones de discriminación del mismo elemento que lo identifica como género sustantivo, el carácter subordinado de la participación de las mujeres en la sociedad, por ejemplo, limita sus posibilidades de acceder a la propiedad y al control de los recursos económicos, sociales y políticos. Su recurso económico fundamental es el trabajo remunerado, al cual acceden en condiciones de mucha desigualdad, dada la actual división del trabajo por género en que las mujeres asumen el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos de manera casi exclusiva, y la persistencia de formas tradicionales y nuevas de discriminación para el ingreso y permanencia de las mujeres en el mercado laboral.

Si bien la situación en América Latina no es similar para el conjunto de mujeres, en ningún país se logra el mismo ingreso por igual trabajo entre hombres y mujeres: la existencia de una gran segmentación ocupacional, tanto vertical como horizontal, hace que las mujeres no ocupen los mismos puestos de trabajo ni accedan a los niveles superiores de las ocupaciones a la par con los hombres. A ello se juxtaponen visiones esencialistas que atribuyen a las mujeres características que las colocan en situación de inferioridad ante los hombres, ligando su potencial reproductivo con la atribución de las tareas reproductivas. La pobreza laboral en ese sentido puede ser vista de doble manera: como privación de la posibilidad de satisfacer necesidades básicas y como privación de los medios para satisfacerlas.

19 SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. Diccionario de Derecho Laboral. Mexico: Oxford, 2005, p.147.

20 TORRES GÓNGORA, Beatriz. El trabajo actual entre la escasez y la precariedad, UADY, Mérida, 2011, p.59.

21 *Ibidem*, p.65.

22 PERRY, Guillermo. Disponible: <<http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/OMC/>>. Acceso em: 18 de ju. 2018.

Las mujeres son pobres en la medida en que no cuentan con tiempo disponible para buscar las formas más apropiadas de satisfacer sus necesidades, y una proporción importante de ellas carece de ingresos propios, algunos estudios reflejan que la jornada femenina es más larga que la masculina si en ella se incluye el trabajo doméstico no remunerado que realizan todas las mujeres en sus hogares.²³

En lo que se refiere al trabajo en el mercado laboral, existen cinco formas de exclusión que afectan de manera más severa a las mujeres: 1) el desempleo; 2) las formas precarias de inserción laboral; 3) las formas de trabajo no remuneradas y 4) la exclusión de las oportunidades para desarrollar sus potencialidades. 5) Limitada capacidad en el conocimiento tecnológico. A estas formas de exclusión se agregan las desigualdades en las ocupaciones a las que acceden (segmentación ocupacional horizontal y vertical) y la discriminación salarial en el mercado del trabajo.²⁴

La equidad de género es un principio emparentado con la idea de igual de equilibrio sustantivo, de paridad, de equidad y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen al concepto que define la equidad; como una igualdad en las diferencias, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias. Por ello, la equidad para el trabajo incluye como parte de sus ejes el respeto y garantía de los derechos humanos y la igualdad de oportunidades.

Así, pues, la inclusión digital, situada como elemento fundamental de los ámbitos de la justicia social y los derechos humanos, deben ser fundamentalmente los que deben fomentar nuevos espacios para la tolerancia y la integración social, sin que se desestime el equilibrio en la equidad y paridad de género, para contrarrestar los intentos de personas y grupos que buscan imponer valores, costumbres o creencias, paradigmas en el mundo digital y, que, en última instancia, afectan también a zonas no conectadas a redes públicas o privadas de internet.

3 LA INDUSTRIA 4.0 Y DERECHOS SOCIALES

Existe un difundido convencimiento de que la revolución laboral basada en el conocimiento digital, no solo cambiará la economía, sino a toda la sociedad en su conjunto, por tanto, el trabajo dominante será el de una sociedad llamada, sociedad del trabajo, lo que tampoco se aleja de que será la sociedad del conocimiento para el trabajo.

En la nueva sociedad del conocimiento digital aparecen nuevas formas de trabajo que hacen desaparecer el prototipo clásico trabajo con estabilidad, de conveniencia, de adaptación, de subsidios, que exigiría no solo cambiar las leyes laborales, sino también la propia cultura previsional y de seguridad social. Donde indistintamente se mencionan el futuro del trabajo, el trabajo del futuro, donde además el trabajo es el futuro.

Tras la automatización de la industria en los siglos XVIII y XIX (Industria 1.0), la división del trabajo y la producción en cadena (organización científica del trabajo) del siglo XX (Industria 2.0), y la revolución tecnológica de finales del siglo XX (Industria 3.0), ahora se hablaría de la era de la digitalización de la economía. Ésta provocaría una auténtica mutación en empresas (modelos de negocio), en el trabajo (modalidades de prestación) y en la economía (compartida y no competitiva) (Industria 4.0).²⁵

23 SALLES, Vania; TUIRÁN, Rodolfo. Mujer y pobreza hogareña: en la búsqueda de soluciones. México: Mimeo, Unifem, 1994, p.167.

24 Los datos oficiales de pobreza en general en México hasta el año 2017 se basan en requerimientos de subsistencia, particularmente en materia de alimentos, esta medición atendería a una sola de las capacidades enunciadas: la de permanecer vivo.

25 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. Derecho y trabajo en la era digital: revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0. Disponible em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/ilo-madrid/documents/article/wcms_548619.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2018.

El problema de la pérdida de trabajo mecánico producido tras la Primera Revolución Industrial fue solucionado mediante el incremento del trabajo inmaterial y el sector servicios. En cambio, la crisis del trabajo intelectual que se avecina con el desarrollo de la Inteligencia Artificial no parece que pueda ser solucionada con un nuevo desplazamiento del tipo de trabajo a realizar.²⁶

Según la OCDE el desarrollo de la Inteligencia Artificial promoverá la desaparición para 2050 de al menos el 20% de los puestos de trabajo a nivel mundial más relacionados con actividades rutinarias, ya sean estas de tipo manual o intelectual. Según el MIT, la cifra podría ascender hasta el 60%.

El reto principal no es el tecnológico sino de la gestión con responsabilidad institucional, ya que este proceso de cambio tecnológico, digital y productivo debe ser una realidad, que impere con fortaleza social, sin soslayar que profundice en la precariedad del empleo, acceso a la seguridad social, así como en igualar o desvanecerse las desigualdades entre trabajadora y, sobre todo, favorezca la cohesión social y territorial.²⁷

Para conseguir la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de los derechos humanos, así como de aquellos colectivos imaginarios de la sociedad que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones.

Por eso, ante la desigualdad digital, la igualdad será el punto de llegada para hacer posible una convivencia igual desde principios equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen los grupos sociales de trabajadores, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta.

Son también derechos sociales que enriquecen el acervo de los originarios derechos de pobres y trabajadores, hoy generalizados y convertidos en derechos de todos y que tienen igualmente su origen en la idea de igualdad digna. Existe una dificultad para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos por ser difícilmente justiciables y también, porque suponen un esfuerzo económico cuantioso que choca con la escasez de bienestar, que es una realidad en la que se encuentran todas las sociedades en todo caso.

Estas dificultades no diluyen el mandato radical de la Constitución Política de cualquier Nación de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad y la igualdad puedan ser reales y efectivas para todos, aunque sí obligan a distinguir entre los derechos sociales distintas categorías donde el abordaje de la protección a las libertades individuales donde las Tecnologías de información y comunicación son los medios para lograr equilibrio o equidad.²⁸

De acuerdo con el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: Toda persona tiene el derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de, sin interferencias, tener opiniones y de buscar, recibir y transmitir información e ideas por cualquier medio e independientemente de fronteras.²⁹

26 LEÓN CASERO, Jorge. Disponible em: <<https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/mas-alla-del-derecho-al-trabajo-etica-del-trabajo-y-sociedades-tecnologicas#>>. Acesso em: 23 de julio 2018.

27 En 2016, 68.4 millones de personas en Mexico como país tenían carencia por acceso a la seguridad social. Debido a esta situación, los gobiernos, federal y estatales, han creado programas no contributivos, sin embargo, la proliferación de instrumentos dispersos e inconexos no soluciona el problema de fondo. Contar, por tanto, con un sistema de protección social universal con acceso más igualitario entre grupos de población puede ser un factor que reduzca la pobreza, pero particularmente que iguale oportunidades.

28 ALEXY, Robert, Derechos sociales y ponderación, Editorial Fontamara, Madrid 2010, p. 52.

29 DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos. Disponible em:<<https://dudh.es/19/>>. Acesso em: 15 de feb. 2018.

Frente al surgimiento de nuevos derechos, los componentes que integran las telecomunicaciones, de los equipos de computación y de los programas digitales, deberán quedar plenamente establecidos que son los requisitos previos y previsibles, para acceder al empleo sin embargo, los pilares verdaderos de las sociedades de la información centradas en el desarrollo humano donde las sociedades de los saberes compartidos son la educación, la ética y la participación, deberán estar articuladas como un proceso sistémico integral.³⁰

El formato digital de la nueva revolución industria 4.0, supondrá el fin de la necesidad de mantener las reglas de protección socio-laboral, menos trabajo humano y el poco que va quedando será más autónomo, conectados por aplicaciones informáticas por la vía de algoritmos, la realidad se muestra más ambivalente y evidencia como el trabajo digital y el trabajo analógico, tienen ambas necesidades de protección social similares.

Las nuevas tecnologías también han dado lugar a la creación de nuevas formas de trabajo como el trabajo a través de plataformas de Internet, o el trabajo a pedido mediante aplicaciones por celular. Cambios en las estrategias organizativas. Si bien estas fuerzas globales ejercen una influencia importante en las prácticas empresariales, en última instancia la elección de una modalidad contractual recae en la empresa.

4 CONCLUSIONES

Primera: Los retos competitivos de un mundo globalizado y tecnificado, en el que los trabajadores tengan mayor libertad de moverse sin miedo a quedar desprotegidos donde las empresas más competitivas expanden el mercado del trabajo rápidamente esto a su vez, puede generar más y mejores empleos, para enfrentar el crecimiento del desempleo de manera global en el mundo, así como diversas crisis financieras recurrentes.

Segunda: Hoy más que nunca las empresas requieren de flexibilidad para responder a los retos de la globalización y los avances tecnológicos. Dicha flexibilidad se extiende a la capacidad de contratar y despedir trabajadores. Poder ajustar el rumbo de manera ágil y rápida es indispensable en el contexto competitivo actual, donde la Legislación laboral deberá adaptarse al contexto de la realidad del mercado laboral.

Tercera: Comprender vivimos en una sociedad mucho más rica, pero estamos creando pocos puestos de trabajo para atender a una fuerza laboral en expansión y a quienes son desplazados por los cambios estructurales de la globalización, la modernidad, la tecnología y nuevos procesos de trabajo de manera digitalizada. Las nuevas tendencias surgen principalmente en los campos vinculados a la tecnología o a la informática, donde se generan formas de trabajo no presencial, sin ubicación local, que constituyen una prolongación o diversificación de ciertas funciones empresariales hacia los trabajadores, que incluso llegan a trascender países.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fontamara, 2010.

CONFEDERACIÓN Sindical de Comisiones Obreras. **Crece el empleo en la industria, pero precario temporal, parcial y rotativo**. Disponible em: <<http://www.industria.ccoo.es>>. Acceso em: 17 de mayo 2018.

DEMARÍAYCAMPOS, Mauricio. El gran desafío, construir un futuro común a partir de las coincidencias ciudadanas, no obstante las diferencias y las desigualdades. **Periódico El financiero** 2018. Disponible em: <<http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/mauricio-de-maria-y-campos>>. Consultado em: 7 de julio de 2018.

30 LÓPEZ-LÓPEZ, Pedro; Samek, Toni, Inclusión digital, Un nuevo derecho humano, Educación y biblioteca, 2009, v. 21, n. 172, p. 114.

DECLARACIÓN Universal de los Derechos Humanos. Disponível em: <<https://dudh.es/19/>>. Acesso em: 15 de fev.e 2018.

ESCAMILLA DE LOS SANTOS, José. **Selección y uso de tecnología educativa**. Mexico: Trillas, Ilce-Edusat, 1998.

GONZÁLEZ GALLARDO, Hugo. Inteligencia artificial, El futuro, ahora. **Revista Universo del Capital Humano**, año volumen 1, México. 2018.

GOROSTIAGA.LA, Xabier. **La nueva realidad**, Universidad Centroamericana.2014.

GRIFOL, Daniel, ¿Qué es un Knowmad?, Blog digital. Disponível em: <<http://danielgrifol.es/que-es-un-knowmad/>>. Acesso em: 13 de jun. 2018.

ILO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/about-the/ilo/newsroom>>. Acesso em: 16 maio 2018.

LEY Federal del Trabajo. Editorial Porrúa, Mexico.2017.

LEÓN CASERO, Jorge. Disponível em: <<https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/mas-alla-del-derecho-al-trabajo-etica-del-trabajo-y-sociedades-tecnologicas#>>. Acesso em: 23 de jul. 2018.

LIBRO blanco del futuro del/de los trabajo/s. Reflexiones para una nueva política económica local, Ajustament de Barcelona. Barcelona activa.2018.

LÓPEZ-LÓPEZ, Pedro Samek Toni. Inclusión digital, Un nuevo derecho humano. **Educación y biblioteca**, v. 21, n. 172, 2009.

MOLINA, Navarrete Cristóbal. **Derecho y trabajo en la era digital**: revolución industrial 4.0 o economía sumergida 3.0. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/europe/ro-geneva/ilo-madrid/documents/article/wcms_548619.pdf>. Acesso em: 15 de abr. de 2018.

OLIETE VIVAS, Pablo, Reivindicando el humanismo digital, **Periódico digital El Economista**, Editorial Ecoprensa,México. Disponível em: <<http://www.eleconomista.es/firmas/noticias/8997275/03/18/Reivindicando-el-Humanismo-Digital.html>>. Asociación Mexicana de Internet, consultado 2 de mayo 2018.

OIT El empleo atípico, una característica del mundo de trabajo. Disponível em: <[/news/WCMS_534127/lang-es/index.htm](https://www.oit.org.br/pt-br/News/WCMS_534127/lang-es/index.htm)>. Consultado 16 de Mayo 2018.

PASCO COSMOPOLIS, Mario. **AIDJDDTSSGC-Instituto jalisciense de Investigaciones Jurídicas**. Exclusión y desprotección social e injusticia laboral en Iberoamérica. Guadalajara, Jalisco, 2011.

PERRY, Guillermo. **Empresas**. Disponível em: <<http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/OMC/>>. Acesso em: 18 de julio 2018.

SALLES, Vania; RODOLFO, Tuirán. **Mujer y pobreza hogareña**: en la búsqueda de soluciones. México: Mimeo, Unifem, 1994.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. **Diccionario de Derecho Laboral**. México: Oxford, 2005.

TORRES GÓNGORA, Beatriz. **El trabajo actual entre la escasez y la precariedad**, UADY, Mérida, 2011.

A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO, INCLUSIVE VIRTUAL, DA PUBLICIDADE NA ADVOCACIA PELA OAB

THE IMPORTANCE OF SUPERVISION, INCLUDING VIRTUAL ADVERTISING IN ADVOCACY FOR OAB

Bielá Jr.¹

Resumo: Na atual sociedade da informação e a facilidade tecnológica, a publicidade na advocacia vai além dos cartões de visita, placas identificativas ou anúncios em listas de telefone ou análogas. Ao contrário, o que se vê é a utilização da persuasão por meio da publicidade, mercantilizando e banalizando a advocacia com o fim precípua de captação de clientela em total afronta ao estabelecido no Código de Ética e Disciplina dos Advogados. Faltas éticas no tocante à publicidade na advocacia já existiam, porém, com o advento da internet, tais faltas se acentuaram, pois, imagina-se que a internet e as redes sociais são terra de ninguém, sem lei, onde tudo é permitido e não há vigilância ou fiscalização. Nesse sentido, o presente artigo busca fazer uma análise da importância da fiscalização ética da publicidade dos advogados para se dar efetividade ao cumprimento da norma jurídica, o CED, se fazendo necessária uma maior fiscalização por parte da OAB, inclusive virtual, em cumprimento ao que dispõe o art. 44, I e II do EOAB.

Palavras chaves. Ética. Publicidade. Advogado-Advocacia. Fiscalização-OAB.

Abstract: *In today's information society and technological facility, advertising in law goes beyond business cards, nameplates or ads on telephone directories or the like. On the contrary, what is seen is the use of persuasion through advertising, marketizing and banalizing advocacy with the primary purpose of capturing clients in total affront to that established in the Code of Ethics and Discipline of Lawyers. Ethical shortcomings with regard to advertising in lawyers already existed, but with the advent of the Internet, such faults became more pronounced, because it is imagined that the Internet and social networks are no-man's land, without law, where everything is permitted and not permitted. there is surveillance or surveillance. In this sense, this article seeks to make an analysis of the importance of ethical supervision of the publicity of lawyers in order to be effective in complying with the legal norm, the CED, requiring a greater supervision by the OAB, including virtual, in compliance with what provided by art. 44, I and II of the EOAB.*

Keywords: Ethics. Advertising. Lawyer-Law. Inspection-OAB.

1 Advogado e professor de Direito Civil e Ética Profissional. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos na área de concentração Responsabilidade Civil Ambiental. Pós-graduado lato sensu em Responsabilidade Civil pela FAAP e em Direito Processual Civil pelo Mackenzie. Possui MBA em Gestão de Negócios Imobiliários pela FMU. Autor de obras jurídicas.

1 PROLEGÔMENOS

O novo Código de Ética e Disciplina dos Advogados, Resolução 02/2015 e que entrou em vigor em 1º de setembro de 2016² trata da publicidade profissional dos advogados entre os arts. 39 a 47, inclusive já considerando a publicidade eletrônica e as novas tecnologias da informação.

Ao contrário do que muitos advogados pensam, é permitido ao advogado fazer publicidade de seus serviços jurídicos, porém observando os limites impostos pelo Código de Ética e Disciplina conforme dever imposto no art. 33 do EOAB, devendo o advogado proceder de forma que se torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio dos advogados e da advocacia como um todo.

Sodré³ alerta que

O primeiro dever que a profissão impõe aos que nela ingressam é, sem dúvida, o de bem conhecê-la. Não se pode, em verdade, exercer uma profissão, desconhecendo-lhe os deveres, as regras de conduta, as prerrogativas. Observar o Código de Ética Profissional é dever inerente ao exercício da profissão.

De fato.

O primeiro ato praticado pelo advogado é o de prestar compromisso perante do Conselho Seccional, nos termos do art. 8º, VII do EOAB c/c art. 20 do Regulamento Geral. Nesse ato, o advogado solenemente promete exercer a advocacia com dignidade e independência e a observar a ética, obrigando-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina (EOAB, art. 33). Todavia, muitos advogados têm se desviado de seu juramento e passam a banalizar e desprestigiar a advocacia em suas condutas na questão da publicidade de seus serviços jurídicos.

O Conselho Federal, em dezembro de 2018, registrou a marca de 1.195.538 milhões de advogados em todo território nacional⁴, sendo São Paulo o primeiro colocado contando com 306.699 advogados, seguido do Rio de Janeiro com 145.317 e Minas Gerais com 114.517. O que desde já se conclui que 50% de todos advogados do país estão sediados na região sudeste. A concorrência é grande!

O atual Código, na mesma toada do anterior, mas antenado às novas tecnologias da informação, permite a publicidade na advocacia desde que observados os princípios da não-mercantilização, da informação, da discrição e sobriedade, vedando-se a captação de clientela.

Paulo Roberto de Gouvêa Medina⁵ pontifica de forma clara a distinção entre publicidade e propaganda, sendo que na publicidade o objetivo é de apenas tornar público algo que se deseja fazer conhecido, ou seja, informar; já a propaganda envolve uma ação de propagar ou promover a propagação, cujo objetivo é vender produtos ou serviços, o que é proibido para a divulgação dos serviços de advocacia.

No mesmo sentido, explica Gambelli⁶ “há uma diferença muito grande entre publicidade e propaganda. A propaganda cria estímulo, incentiva demanda e faz uso da ampla divulgação por meio de todos veículos. Usa a imagem, o som, os recursos gráficos, a informática, luminosos, placas, faixas, panfletos, encartes, mala direta, televisão, cinema, rádio, alto-falantes, carros de som. A publicidade não cria estímulo. É mais discreta porque seu objetivo é o de tornar pública uma informação dirigida a um público mais reservado”. Adiante, pontifica o autor, “uma coisa é divulgar os serviços com finalidade exclusivamente informativa; outra, bem diferente, é a divulgação indiscriminada dos serviços com estímulo à demanda”.

2 Conselho Federal, Resolução n. 03, de 12 de abr. 2016.

3 Ética profissional e Estatuto do Advogado. São Paulo: LTr, 1975, p. 39.

4 OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

5 LÔBO, Paulo. Comentários ao Código de Ética e Disciplina da OAB, 2017. p. 107.

6 Publicidade do Advogado: discrição e moderação – limites éticos. In: LEITE, Fabio Kalil Vilela (coord.). Ética aplicada à advocacia, p. 52-53.

Vale observar, como bem pontuado por Gamelli⁷ que “o prestígio do profissional não se edifica pela divulgação do nome do advogado em praças públicas ou em locais onde transitam muitas pessoas, mas decorre da competência e dos conhecimentos jurídicos do advogado, de sua atuação perante os clientes, de sua capacidade de inspirar confiança e segurança ao aplicar a ciência do direito, para fazer valer os justos interesses dos patrocinados”. Enfim, como já dizia Aristóteles, nosso caráter é o resultado da nossa conduta.

Há, portanto, elementos obrigatórios, facultativos e proibitivos para a publicidade da advocacia que são determinados pelos princípios acima referidos, os quais devem ser fiscalizados pela OAB que não pode abrir mão do controle efetivo e ostensivo sobre a conduta ética dos advogados nesse campo (EOAB, art. 44, II). Todavia, há Conselhos Seccionais em que a fiscalização não existe ou é inexpressiva ou ineficaz fazendo-se letra morta tal norma de conduta no tocante à disciplina dos seus inscritos.

Passamos à análise dos princípios norteadores da publicidade na advocacia e dos elementos da norma de conduta quanto a divulgação da atividade profissional do advogado.

2 PRINCÍPIO DA NÃO-MERCANTILIZAÇÃO

Descrito no art. 5º do CED, esse princípio pontifica que o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.

Segundo o dicionário Aulete Digital, mercantilização é a transformação em mercadoria; em objeto de comércio, visando a interesses particulares.

A advocacia, embora seja um serviço, ela não pode ser transformada em mercadoria, em objeto de comércio visando a interesses particulares, pois o advogado exercer uma função social por ser indispensável a administração da justiça (EOAB, art. 2º c/c CF, art. 133). Nesse sentido, o Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB editou a Súmula n. 2, pontificando que não se aplica o CDC nas relações advogado e cliente, *verbis*:

Advocacia. Concorrência. Consumidor. 1. A lei da advocacia é especial e exauriente, afastando a aplicação, às relações entre clientes e advogados, do sistema normativo da defesa da concorrência. 2. O cliente de serviços de advocacia não se identifica com o consumidor do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Os pressupostos filosóficos do CDC e do EAOAB são antípodas e a Lei n. 8.906/94 esgota toda a matéria, descabendo a aplicação subsidiária do CDC.

Esse argumento é corroborado pela confiança que deve ser pautada na relação advogado e cliente. Não tem como transformar a confiança em objeto de comércio, ela não se adquire como se adquire um produto no supermercado ou lojas. Em outras palavras, confiança não se negocia, se tem ou não.

Por essa razão a propaganda é proibida na advocacia, já que seu objetivo final é vender o serviço e auferir lucro, portanto, como já defendemos na obra *Minimanual do Novo Código de Ética e Disciplina dos Advogados*⁸,

O art. 5º do NCED estabelece a vedação ética da mercantilização da advocacia, ou seja, todos os atos tipicamente mercantis, ligados à publicidade, aos meios de cobrança, ao local de instalação do escritório, ao relacionamento com os clientes não podem ser praticados pelo advogado, p. ex., a impossibilidade de instalação de escritório em shoppings ou o uso de veículo com a indicação de ‘advocacia itinerante’ estacionado em frente de agência de INSS ou estabelecimento penal; a impossibilidade da publicidade em outdoors, muros, veículos, elevadores, rádio e TV, etc.

⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁸ BIELA JR, *Minimanual do Novo Código de Ética e Disciplina dos Advogados*, p. 38.

Nessa relação, assevera Coelho⁹, ex-presidente do Conselho Federal da OAB, “é o cliente quem procura o advogado, nunca o contrário, que configuraria infração ética”.

Concordamos com o entendimento acima, pois pensamos que, quando o advogado vai atrás do cliente, utilizando-se de veículos de publicidades persuasivos, a aceitação da contratação baseada na confiança estará maculada por algum vício de consentimento, especialmente por erro, dolo ou lesão.

A prática comercial de oferecimento de consultas e pareceres pela internet em sites ou consultorias virtuais, ferem mortalmente o princípio da pessoalidade e, conseqüentemente, o princípio da não-mercantilização pela captação de clientela, pois considerando que o advogado lida com valores fundamentais da pessoa humana, tais como a liberdade, o patrimônio, a família, o trabalho, o sustento, a honra, dignidade, etc., transforma-se a advocacia em mercadoria, em relação fria, de confiança questionável e frágil, pois a falta de contato pessoal e reservado entre as partes, gera a insegurança no que tange a certeza da contratação de um profissional habilitado e especializado na área ou de um rúbula, o que vai refletir diretamente nos parágrafos § 2º e 3º do art. 2º do EOAB, onde o advogado deve cumprir sua função social e que seus atos constituem um *múnus público*.

3 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVIDADE

O princípio da exclusividade proíbe a divulgação da advocacia em conjunto com outra (s) atividade (s), como p. ex., advocacia e imobiliária; advocacia e contabilidade. Tal vedação encontra-se tipificada no art. 15 § 3º do EOAB e art. 40, IV do CED, cujo o verbo é divulgar, do latim *divulgare*, cujo significado é, segundo o dicionário Aulete Digital: 1. Fazer divulgação de, tornar público, fazer com que (algo) seja do conhecimento de muita gente; difundir, propagar, publicar. 2. Fazer conhecer, almejando publicidade; promover.

Nesse estudo não vamos adentrar ao mérito do exercício da advocacia com outra atividade no mesmo local. O foco é a divulgação em conjunto e nessa seara, o verbo divulgar utilizado pelo legislador está em consonância com a questão da proibição da mercantilização do exercício da advocacia. Note-se, a importância da fiscalização ostensiva por parte da OAB que ao constatar tal irregularidade deverá de ofício instaurar o respectivo processo disciplinar, pois ao cumprir sua finalidade (EOAB, art. 44, I e II c/c art. 55 do CED) irá inibir e frear essa modalidade de prática de mercantilização que contamina e desvirtua a advocacia de sua função social.

4 PRINCÍPIO INFORMATIVO DA PUBLICIDADE

Ao contrário do que muitos alegam, a publicidade na advocacia é permitida. Já vimos alhures que a propaganda é vedada, ou seja, é vedada a mercantilização da advocacia. Segundo ensina Haddad¹⁰ ao se abandonar a princípio da informação e discrição, estar-se-ia adentrando na seara da propaganda e “uma exposição agressiva e aberta do público, por meio de promoção dos serviços advocatícios traria resultados contrários ao escopo da própria profissão, como meio de defesa de um direito lesado, tornando a Advocacia uma atividade fomentadora do litígio, quando o advogado deve buscar, antes, a composição de interesses para uma rápida solução do conflito em busca da tão almejada paz social”, nos exatos termos do art. 2º, parágrafo único, VI e VII do Código de Ética.

9 LÔBO, Paulo. Comentários ao Novo Código de Ética dos Advogados, 2017. p. 61.

10 O advogado e publicidade na internet, In: Ética aplicada à advocacia, p. 209.

É permitida a publicidade informativa do advogado e da sociedade de advogados, contanto que se limite a levar ao conhecimento do público em geral, ou da clientela, dados objetivos, claros e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar. Portanto, é possível manter página eletrônica de advogados em redes sociais como Facebook¹¹ e Instagram, porém, sempre observando os princípios norteadores da publicidade na advocacia traçados no art. 39 do CED.

Assim, considerando-se que o objetivo da publicidade é de apenas tornar público algo que se deseja fazer conhecido, ou seja, informar, o Código de Ética e Disciplina estabelece como elementos obrigatórios dessa publicidade informativa o nome e número de inscrição do advogado ou da sociedade de advogados. Os elementos facultativos são: os títulos acadêmicos (mestrado, doutorado, etc.), as distinções honoríficas relacionadas à vida profissional (p. ex., Medalha Rui Barbosa), as instituições jurídicas de que faça parte (IAB, IASP, IBCCRIM), as áreas ou matérias jurídicas de exercício preferencial (Trabalhista, Família – Divórcio, Usucapião e Criminal), o endereço, e-mail, site, página eletrônica (redes sociais) QR code, logotipo e fotografia do escritório (desde que discreta, sóbria e sem intuito de captação de clientela), horário de atendimento e idiomas em que o cliente poderá ser atendido, nos termos do art. 44 do CED.

Na seara da tecnologia da informação, o Código de Ética permite aos advogados da utilização, permite-se a utilização da internet e da telefonia, desde que o envio de mensagens seja a destinatários certos, não implique em oferecimento de serviços ou representem qualquer forma de captação de clientela (CED, 46). Todavia, o advogado se desvia da ética quando elabora e envia e-mail marketing (span) ou mensagens por aplicativos de smartphones para oferecer seu serviço estimulando o litígio.

Como se vê dos elementos obrigatórios e facultativos da publicidade permitida aos advogados e sociedades de advogados, a informação deve se ater a dados objetivos, claros e verdadeiros a respeito dos serviços de advocacia que se propõe a prestar. A partir do momento em que essa publicidade se desvia da finalidade informativa e se concentra na prospecção de clientes, seja de que forma for, tem-se a mercantilização da advocacia e a violação do Código de Ética e Disciplina.

5 PRINCÍPIO DA DISCRIÇÃO E DA SOBRIEDADE

A publicidade informativa do advogado ou sociedade de advogados deve primar, também, conforme o art. 39 do CED, discrição e sobriedade.

Segundo os léxicos, discrição diz respeito a qualidade de quem ou do que é discreto; de quem ou do que não chama a atenção; sobriedade. Discreto é aquilo que é sóbrio ou quem é comedido e reservado; que não chama a atenção em seu comportamento, seus gestos, suas palavras.

11 558ª Sessão de 18 de Outubro De 2012. Publicidade - Facebook - Criação de Página por Escritório de Advocacia – Possibilidade - Observância de Parâmetros Éticos. A presença de escritório de advocacia na rede social Facebook é permitida tanto por meio da criação de “páginas” e como de “conteúdos patrocinados”. A “página” do Facebook assemelha-se ao website convencional, acrescido do envio de informações, tal como ocorre com as malas-diretas. Os usuários apenas recebem informações das “páginas” com as quais estabelecerem vínculo por meio do botão “curtir”, de modo que o acesso e o envio de informações decorrem da iniciativa do próprio usuário e não do advogado. Não viola a ética a criação de página no Facebook por escritório de advocacia, desde que seu conteúdo se limite à divulgação de informações objetivas relativas aos advogados e à sociedade de advogados, sempre com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa e ilustrativa. Da mesma forma, não viola a ética a contratação por escritório de advocacia de “conteúdo patrocinado” que consiste na contratação do Facebook para exibir publicidade da sociedade de advogados aos usuários. Esse tipo de publicidade apenas indica ao interessado o caminho eletrônico para página do Facebook do próprio escritório de advocacia ou ao seu website externo. Inteligência do Provimento n. 94/2000 do Conselho Federal da OAB. Prec. E-3.716/2008; E-4.013/2011 e E-4.108/2012. Proc. E-4.176/2012 - v.u., em 18/10/2012, do parecer e ementa do Rel. Dr. Flávio Pereira Lima - Rev. Dra. MARY GRUN - Presidente Dr. Carlos José Santos Da Silva.

Nessa linha de pensamento, a sobriedade revela que publicidade na advocacia deve ser séria, sóbria, elegante e sem excessos. Nessa toada, explica Gambelli¹² que a questão da sobriedade “se volta exatamente para a apresentação em si, quanto à plástica, às cores e tonalidades, tamanho, desenho, significado e, principalmente, à mensagem”. Prossegue explicando que “na publicidade impressa, apenas anunciativa, a sobriedade está nos limites das tonalidades e cores, na posição, no tamanho, nos símbolos permitidos, na composição do logotipo, observadas todas as demais exigências contidas na legislação”.

Por essa razão, gera perplexidade na classe dos advogados quando uma publicidade indiscreta, imoderada, persuasiva e exagerada vem à tona, sendo as mais comuns a mala direta, distribuição de panfletos, uso de outdoors, publicidade em muros, paredes, veículos, elevadores, espaços públicos, uso de cores extravagantes ou fluorescentes, divulgação de lista de clientes e de causas ganhas em sites ou redes sociais, condutas essas proibidas pelo CED, art. 40 e 42.

6 DA PUBLICIDADE PROIBIDA E SEUS VEÍCULOS

É importante salientar que o Código de Ética e Disciplina dos Advogados, não estabelece um rol taxativo de proibições, mas sim exemplificativo dos casos mais comuns da publicidade de advogados que se desvia dos pilares da informação, descrição e sobriedade e que se inclina para a mercantilização e captação de clientela.

O art. 40 do CED, estabelece um rol de proibições através dos seguintes veículos de publicidade: rádio, televisão, cinema, outdoors, painéis luminosos¹³, muros, paredes, veículos, elevadores e espaços públicos como bancos de praça.

Há ainda, outros meios de publicidade utilizados que são incompatíveis com os princípios norteadores da publicidade na advocacia, tais como: advocacia e engenharia¹⁴; fornecimento de contatos¹⁵ como telefone e endereço em colunas de jornais ou revistas, em artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos, bem como, em programas de rádio, TV ou semelhantes; lista de clientes e demandas¹⁶ sob seu patrocínio; menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupado, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição (salvo o de professor universitário); emprego de expressões persuasivas como o

12 *Op. cit.*, 56.

13 Salvo na fachada do escritório, exclusivamente para fins de identificação do mesmo, desde que discreto, sóbrio, sem intuito de captação de clientela ou mercantilização da advocacia.

14 Publicidade - Website - Divulgação em Conjunto com outra Atividade - Impossibilidade. É vedada a divulgação, em um mesmo website, da atividade do advogado juntamente com atividades de engenharia e de assessoria para obtenção de passaporte estrangeiro, ambas estranhas à advocacia. O website que contenha informações sobre a atividade advocatícia deve ser exclusivo e deve ser destinado apenas à publicidade da advocacia. A assessoria para obtenção de passaporte não é atividade inerente à advocacia e não pode ser divulgada em conjunto com o trabalho advocatício. Inteligência do artigo 28 do CED. Precedentes: Processos E-1.684/98; E-4.024/2011; E-3.196/05 e E-3.468/200. Proc. E-3.947/2010. Proc. E-3.947/2010 - v.u., em 19/07/2012, do parecer e ementa do Rel. Dr. Flávio Pereira Lima - Rev. Dr. Ricardo Cholbi Tepedino - Presidente Dr. Carlos José Santos Da Silva.

15 É permitida apenas a referência a e-mail (CED, art. 40, V, in fine).

16 616ª SESSÃO DE 26 DE JULHO DE 2018 [...] A publicidade há de ser objetiva, ter caráter meramente informativo, sem qualquer conotação comercial ou de autopromoção que visem angariar ilegalmente clientela. A publicação de decisão favorável ao escritório de advocacia, em página do Facebook, viola essa regra, caracterizando-se, em tese, como captação ilegal de clientes. Inteligência dos artigos 5º, 39 e seguintes do CED, artigos 1º, e 4º e 5º do Provimento 94/2000 do Conselho Federal da OAB e artigo 34, IV, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Precedentes: E-4.176/2012, E-3.679/2008, E-4.685/2016, E-4.200/2008 e E-4.278/2013. Proc. E-5.044/2018 - v.u., em 26/07/2018, do parecer e ementa da Rel. Dra. Célia Maria Nicolau Rodrigues, Rev. Dr. Fábio Guimarães Corrêa Meyer - Presidente em exercício Dr. Cláudio Felipe Zalaf.

slogan: Divorcie-se e seja feliz!; divulgação de valores dos serviços e forma de pagamento; promessas de resultados, responder com habitualidade a consulta jurídica nos meios de comunicação¹⁷ (rádio, tv, internet), autopromoção pessoal ou profissional em programas de entrevistas, bem como, a utilização de meios promocionais típicos de atividade mercantil.

Como se vê, o terreno é fértil para as infrações no tocante a publicidade mercantilista na advocacia e a fiscalização, física e virtual, é medida necessária que se impõe.

7 DA FISCALIZAÇÃO PELA OAB DA PUBLICIDADE DOS ADVOGADOS

A OAB tem dupla finalidade estabelecida no art. 44, I e II do EOAB. Assim, ao considerarmos que é o inciso II que traça a finalidade da entidade que determina ter por finalidade a promoção da disciplina de todos seus inscritos e, que o inciso I determina que a Ordem tem o dever de pugnar pela boa aplicação das leis, inclusive as suas, encontramos primeiro fundamento para a fiscalização da publicidade mercantilista dos advogados.

Os Conselhos Seccionais, via de regra, são detentores o poder de punir os advogados (EOAB, art. 70)¹⁸, tendo eles, também, competência recursal (EOAB, art. 58, III), sendo certo que os processos disciplinares podem ser instaurados de ofício ou mediante representação (CED, art. 55).

Nesse sentido, justifica-se uma fiscalização mais ostensiva por parte dos Conselhos Seccionais, inclusive virtualmente nas redes sociais; primeiro porque é dever da entidade a fiscalização e disciplina de seus inscritos, instaurando-se de ofício os processos disciplinares; segundo porque o cidadão/cliente não conhece a norma ética da publicidade na advocacia; terceiro porque representação de advogado contra advogado em decorrência dessa temática é pífia e por vezes motivada por represália ou vingança; o quarto motivo se dá pela vedação da representação anônima.

Assim, por meio da fiscalização ostensiva, como fazem outras entidades de classe com agentes e veículos próprios de fiscalização, inclusive virtualmente, e, conseqüentemente com a instauração do processo disciplinar de ofício, as práticas de publicidade mercantilistas da advocacia e a captação de clientela serão inibidas.

A norma ética deve ser cumprida, pois só assim se alcançará a valorização da advocacia que tanto vem se querendo resgatar nos últimos tempos. Vale ressaltar que de acordo com o art. 53 do Regulamento Geral, os dirigentes da OAB ao tomar posse firmam o seguinte compromisso: “Prometo manter, defender e cumprir os princípios e finalidades da OAB, exercer com dedicação e ética as atribuições que me são delegadas e pugnar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia”.

Dessa forma, é importante destacar que tais membros, ao tomarem posse dos respectivos cargos e firmarem o compromisso, passam a ser os olhos da Ordem. Tanto isso é certo que o art. 49 do EOAB, dispõe que “os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial ou extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou fins desta Lei”, no caso o

17 611ª SESSÃO de 22 Fevereiro de 2018. Publicidade – Participação em Grupo de Facebook com a Finalidade de Esclarecer Dúvidas Jurídicas – Criação de Fórum Virtual de Perguntas e Respostas – Configurada a Captação de Causas e Clientela – Vedação. O Código de Ética e Disciplina permite a publicidade dos serviços profissionais do advogado, desde que respeitados os limites impostos no Capítulo VIII da Publicidade Profissional do CED, bem como no Provimento 94/2000 do Conselho Federal. A publicidade tem caráter meramente informativo e deve obedecer aos critérios de moderação, discrição e sobriedade da profissão. Participar de grupo de Facebook com intuito de atender e responder às dúvidas jurídicas e criação de Fórum virtual de perguntas e respostas jurídicas trata-se, evidentemente, de insinuação imoderada, que tem por finalidade a exposição através da utilização de meio eletrônico, vedada pelo inciso I do artigo 42, do CED. Possibilidade de participação do advogado de forma eventual para manifestação profissional (artigo 43 do CED). Obrigatória a observação rigorosa aos termos do Capítulo VIII Da Publicidade Profissional do CED e do Provimento 94/2000, do Conselho Federal. Proc. E-4.956/2017 - v.u., em 22/02/2018, do parecer e ementa da Rel. Dra. Marcia Dutra Lopes Matrone, Rev. Dr. Fabio Kalil Vilela Leite - Presidente em exercício Dr. Cláudio Felipe Zalaif.

18 Salvo, se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

EOAB e, conseqüentemente, o CED. Se tais membros, se omitem ao mandamento, deixar de cumprir seu dever legal e, assim, via de consequência, entidade também se omitirá e acabará por não cumprir sua finalidade nas respectivas esferas.

O que se propõe aqui é que conselheiros e dirigentes da OAB tem o dever legal de agir ao constatar uma publicidade mercantilista, determinando a instauração de ofício do procedimento disciplinar, dando cumprimento efetivo ao juramento supramencionado, bem como dar cumprimento ao Código de Ética e Disciplina no tocante à publicidade mercantilista.

Nesse sentido, o novo Código de Ética, pioneiramente, criou o Capítulo VI, que trata com maior rigor aqueles que exercem cargos e funções na OAB e na representação da classe. Especificamente no art. 31 do CED, determinando que o advogado que exerce cargos ou funções em órgãos da OAB, deve manter conduta adequada com as disposições do CED e que revele plena lealdade aos interesses, direitos e prerrogativas da classe dos advogados que representa.

Para ratificar nosso entendimento, o projeto de lei n. 8.347-a de 2017, prevê a alteração do EOAB, criando novas infrações disciplinares específicas para o advogado que exerce cargo ou função em qualquer órgão da Ordem, como se vê abaixo:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

XXX – manter conduta incompatível com o exercício de cargo ou função, administrativa ou não, em qualquer órgão da Ordem, descumprindo com leniência¹⁹, imprudência, imperícia ou negligência o seu dever;

XXXI – manter conduta incompatível com o exercício de cargo ou função, administrativa ou não, em qualquer órgão da Ordem, descumprindo com dolo o seu dever.

No primeiro caso, referente ao inciso XXX, a sanção correspondente será de censura e no outro caso, mais grave em razão do dolo, a sanção será de exclusão. Note-se que será considerada conduta incompatível com o exercício do cargo ou da função, o descumprimento de dever, no primeiro caso, culposo (inciso XXX) e no segundo caso, doloso (XXXI). Em outras palavras, punir-se-á o advogado dirigente ou não da OAB, mas que exerça cargo ou função nela, que descumpra seu dever de exercer com dedicação e ética as atribuições que lhe são delegadas, de pugnar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia, conforme reza do art. 53 do Regulamento Geral.

Em pesquisa no sítio do Conselho Federal²⁰, dos 27 (vinte e sete) Conselhos Seccionais, observamos que somente a OABAC, OABAM, OABES e OABPE possuem Comissões específicas de fiscalização da publicidade e propaganda na advocacia. Outros Conselhos Seccionais possuem Comissões de Fiscalização do Exercício da Advocacia, cujo o foco principal não é a publicidade mercantilista da advocacia, mas sim o exercício ilegal da advocacia por pessoas ou entidades não habilitadas para a prática da advocacia, é o caso das OABGO, OABPB, OABPR, OABRO, OABRS e OABSP. Os demais Conselhos Seccionais não possuem comissões nenhuma das duas comissões acima citadas.

Como se vê, diante da falta de fiscalização efetiva por parte dos Conselhos Seccionais, proliferam-se as publicidades mercantilistas de advogados e sociedades de advogados com o intuito de captação de clientes por meio de uma persuasão que relativiza a ética positivada no Codex, como explica Clóvis de Barros Filho em diálogo com Mario Sergio Cortella²¹ ao aduzir que “a lógica do resultado, da meta e do sucesso acaba se impondo de tal forma que os procedimentos e a maneira de atingir um objetivo acabam sendo sucateados e colocados como uma questão menor”. É o que se tem verificando na publicidade de advogados.

¹⁹ Leniência: Lentidão, suavidade, excessiva tolerância.

²⁰ OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/seccional/ac>>. Disponível em: 10 jan. 2019.

²¹ CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis de. Ética e Vergonha na Cara! Campinas/SP: Papirus 7 Mares, 2014. p. 11.

Ora, a sanção para quem viola as regras do Código de Ética e Disciplina no tocante a publicidade é a mais branda possível, ou seja, a censura. Assim, aquele que fere a ética nessa seara, o faz na expectativa de que esse ilícito compense a eventual penalidade, cite-se por exemplo a divulgação de serviços jurídicos de um advogado na TV que gere um elevado número de clientes captados por esse meio, ou outro exemplo clássico é aquele da distribuição de cartões de advogado trabalhista nos grandes centros comerciais, nas redes sociais a publicidade é desenfreada. A fiscalização ostensiva se faz necessária, sob pena da Ordem não cumprir as finalidades para a qual foi instituída, dada sua natureza sui generis que atua em prol não só do interesse da advocacia, dos advogados, mas, também, da sociedade como um todo.

8 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, na atual sociedade da informação não há como se negar a publicidade informativa à classe dos advogados. Todavia, a publicidade mercantilista é vedada, inclusive a virtual, posto que prejudicial a advocacia, aos advogados e a sociedade. A advocacia, porque a banaliza, desprestigia e desvaloriza, passando a ser vista como uma prestação de serviço comum. Aos advogados porque ocorrendo o relativismo moral ou a ética da conveniência, quando o advogado visa seu interesse particular, deixando de lado seu encargo indeclinável de contribuir para a realização da justiça, o 4º mandamento do advogado restará descumprido e, nesse caso, cairá por terra a função social do advogado e seu respectivo múnus público. Aos cidadãos, porque põe em cheque a confiança, elemento essencial para a contratação de um advogado, cuja aceitação do cliente pode estar contaminada por algum vício de consentimento, especialmente, erro, dolo ou lesão em decorrência dos meios de persuasão da publicidade mercantilista utilizada pelo advogado ou sociedade de advogados.

A fiscalização da publicidade dos advogados pelos Conselhos Seccionais, seja física ou virtualmente, é medida necessária para se frear as condutas reprováveis pela OAB e essa não pode abrir mão desse controle efetivo e ostensivo sobre a conduta ética dos advogados nesse campo, sob pena de não cumprir suas finalidades institucionais (EOAB, art. 44, I e II), ou seja, de cumprir sua própria lei e punindo disciplinarmente seus inscritos que violarem as normas de conduta profissional.

Como visto, conselheiros, dirigentes e advogados que exerçam cargos e funções na OAB, são os olhos da entidade e devem cumprir seu mister nos termos do juramento (RG, art. 53 c/c art. 49 EOAB), determinando a instauração de ofício quando se deparar com publicidade mercantilista de advogados ou sociedades de advogados, sob pena incorrer em uma “prevaricação” administrativa.

REFERÊNCIAS

- BIELA JR. **Curso de Ética Profissional para Advogados**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2018.
- _____. **Minimanual do Novo Código de Ética e Disciplina dos Advogados**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Comentários ao Novo Código de Ética dos Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética e Vergonha na Cara!** Campinas/SP: Papyrus 7 Mares, 2014.
- LEITE, Fabio Kalil Vilela (coord.). **Ética Aplicada à Advocacia**. São Paulo: FVLACJ, 2009.
- LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao Novo Código de Ética e Disciplina da OAB**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OAB. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética profissional e Estatuto do Advogado**. São Paulo: LTr, 1975

POLÍCIA DE PROXIMIDADE E O PROJETO “SOU ESTUDANTE, SOU CIDADÃO”: UMA ANÁLISE ACERCA DOS RESULTADOS PROMOVIDOS PELA POLÍCIA MILITAR DE CAMBORIÚ/SC

PROXIMITY POLICE AND THE PROJECT “I AM A STUDENT, I AM A CITIZEN”: AN ANALYSIS OF THE RESULTS PROMOTED BY THE MILITARY POLICE OF CAMBORIÚ/SC

Jonathan Cardoso Régis¹

Thiago Teixeira Ghilardi²

Resumo: O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de analisar, mesmo que num curto espaço de tempo quando da implementação do Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”, implementado no Bairro Monte Alegre, no município de Camboriú/SC, através da 1ª Companhia do 12º Batalhão de Polícia Militar, e seus reflexos, decorrente das ações preventivas, calcadas pela polícia de proximidade, na observância ao princípio universal da dignidade da pessoa humana, aliada a doutrina de proteção integral disposta constitucional e infraconstitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, através da concretização de políticas públicas efetivas e num trabalho de parceria, em especial, entre a Polícia Militar local e a comunidade escolar. A premissa do projeto findou-se na quebra de paradigma quanto às ações de polícia de proximidade no ambiente escolar, por parte da Polícia Militar e estudantes do ensino fundamental que se encontram, na grande maioria, inseridas em um contexto/realidade de vitimização ou direta/indiretamente sondadas pela marginalidade, por conta da vulnerabilidade social daquela comunidade. Para uma melhor compreensão da matéria, estudou-se a dignidade da pessoa humana como tutela constitucional das pessoas em desenvolvimento, transpassando pelas políticas públicas tuteladoras e garantidoras da proteção integral e, finalizando quanto uma análise dos resultados decorrentes do já referenciado projeto.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Políticas Públicas. Cidadania. Segurança Pública.

Abstract: *The present work was developed with the purpose of analyzing, even in a short period of time when the “I am a Student, I am a Citizen” Project was implemented in the Monte Alegre neighborhood, in the city of Camboriú/SC, through the 1st Company of the 12th Military Police Battalion, and its reflexes, resulting from the preventive actions, based on the proximity police, in compliance with the universal principle of the dignity of the human person, allied with the doctrine of integral protection provided constitutional and infraconstitutionally in the Brazilian legal system, through the concretization of effective public policies and partnership work, especially between the local Military Police and the school community. The project’s premise ended in the paradigm shift as to the proximity police actions in the school environment, by the Military Police and students of elementary school who are, in the great majority, inserted in a context / reality of victimization or directly / indirectly probed by marginality, due to the social vulnerability of that community. For a better understanding of the subject, the dignity of the human person was studied as constitutional protection of the developing people, passing through the public policies of protection and guaranteeing the integral protection, and finalizing an analysis of the results of the already referenced project.*

Key-words: Human dignity. Public policy. Citizenship. Publicsecurity.

1 Doutor em Ciência Jurídica (Univali). DoctorenDerecho (Universidade de Alicante/Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (Univali). Especialista em Administração em Segurança Pública (Unisul). Especialista em Direito Processual Civil com Habilitação para o Magistério Superior (Univali). Professor de Curso de Direito (Univali). Membro do IASC e associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPED). E-mail: joniregis@univali.br

2 Capitão da Polícia Militar de Santa Catarina. Especialista em Segurança Pública (Faculdade Bardal). Bacharel em Direito (FURB). E-mail: tghilardi@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”, surgiu durante o Curso de Polícia Comunitária, ocorrido no mês de maio de 2018, na cidade de Itajaí, junto ao 1o Batalhão de Polícia Militar, em um processo de reflexão que estava sendo proposto, buscou-se uma alternativa a ser executada por policiais militares da 1a Companhia do 12o Batalhão de Polícia Militar, sediada na cidade de Camboriú/SC, no sentido da Instituição ser inserida no seio da comunidade escolar em área conflagrada e com altos índices de criminalidade e, conseqüentemente de vitimização. Destaca-se que o referido projeto então passou a ser implementado no Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente - CAIC³ Jovem Ailor Lotério, e envolvendo 600 (seiscentas) crianças.

Para tanto, essa breve exposição, tem-se como objetivo geral compreender a polícia de proximidade na sensibilização dos atores envolvidos (escola, polícia, estudantes e família)e, objetivos específicos, estudar a dignidade da pessoa humana, bem como a tutela de proteção à criança e ao adolescente; compreender as políticas públicas sob a perspectiva da infância e juventude, assim como a doutrina da proteção integral disposta no texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente e, demonstrar a polícia de proximidade no Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão” e os resultados conquistados nos primeiros meses de implementação por parte da 1ª Companhia do 12º Batalhão de Polícia Militar, na cidade de Camboriú/SC.

A pesquisa se justifica no sentido em desmistificar a barreira existente, ou melhor, criada pela sociedade em que muitas vezes promove o afastamento entre Estado, aqui representado pela Polícia Militar, e a comunidade, demonstrando que ações conjuntas, pautadas em políticas públicas efetiva, galgam resultados expressivamente positivos e sob a perspectiva da prevenção. Para encetar a presente reflexão, foi utilizado o método indutivo, o qual fora operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AS PESSOAS EM DESENVOLVIMENTO

Sabe-se da previsão não apenas constitucional, como também da normativa internacional quanto se fala a respeito de direitos fundamentais e destes, a dignidade da pessoa humana, em especial, quanto a tutela as pessoas em desenvolvimento, quais sejam, crianças e adolescentes.

Desse modo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988⁴, traz, além de seu art. 5o quando versa os direitos fundamentais, assim como também o art. 227⁵, voltado a proteção da criança e do adolescente, com a adoção da doutrina da proteção integral e da responsabilidade, não apenas do Estado, mas da família, da sociedade e da comunidade em fomentar esse processo de amparo, assistência, defesa e resguardo.

Quanto aos primeiros passos por assim dizer dos direitos fundamentais, de acordo com Alexandrino e Paulo (2015, p. 98), “têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado. Nasceram como forma de proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado”.

Em continuidade a tal afirmação, Dimitri e Martins (2012, p. 10) destacam que:

3 Doravante o Centro de Atenção Integral à Criança e ao Adolescente será citado como CAIC.

4 Doravante a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 será citada como CRFB/1988.

5 Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a. C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, tal qual expressa no direito da Europa medieval.

Por conta da mencionada evolução histórica, Comparato (2003) afirma que deu-se a positivação desses direitos fundamentais, uma vez que não surgiram em um único momento, mas sim, resultante das transformações da sociedade humana ao longo dos séculos.

Ensina Moraes (2008, p. 19) que a “noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito”, decorrente direto da soberana vontade popular.

No tocante aos direitos fundamentais, pode-se mencionar a concepção de Perez Luño (1995, p. 31), o qual assevera que *“se ha querido concebir los derechos fundamentales como la síntesis de las garantías individuales contenidas en la tradición de los derechos políticos subjetivos y las exigencias sociales derivadas de la concepción institucional del derecho”*.

Na tentativa de conceituar tais direitos, afirma Hesse (1998, p. 235), afirma que:

[...] direitos do hom

em e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais [...].

Canotilho (2003, p. 393) dispõe que os “direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, afirmando ainda que esses direitos se originam da natureza humana e, desse modo, possuem caráter inviolável, universal e intemporal.

Ainda discorrendo quanto a compreensão acerca dos direitos fundamentais, importante mencionar os ensinamentos de Ferrajoli (2001), o qual, para falar em relação ao tema em questão, a resposta deve ser dividida em três momentos distintos, a saber: a teoria do direito (no sentido em que são identificados como aqueles direitos inerentes a todos, indisponíveis e inalienáveis); o direito positivo (sob a perspectiva do ordenamento constitucional/ internacional, especialmente aqueles estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, assim como também nos tratados/convenções internacionais sobre os direitos humanos) e, a filosofia política (relacionada a quais direitos devem ser garantidos como fundamentais).

Com a CRFB/1988, trouxe os direitos fundamentais como sustentáculos do ordenamento jurídico brasileiro e seu art. 5º a positivação desses direitos.

Sobre o tema em tela, Mendes e Branco (2012, p. 203-204) lecionam que:

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição.

A fim de expor, muito embora já demonstrado brevemente acima, a importância dos direitos fundamentais, Canotilho (2003, p. 407) reforça afirmando que “a primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coercitivos).”

Desse modo, observa-se, dentre a preocupação na garantia pela primazia dos direitos fundamentais, a proteção da pessoa humana e, por consequência, a dignidade deste princípio que será abordado a seguir.

No que se refere a dignidade da pessoa humana, assevera Schreiber (2014, p. 7) que a no Brasil, assim como também em diversos países se tornou direito fundamental de extrema importância no ordenamento jurídico, diante do fato em ser considerada o “princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”.

O ordenamento jurídico brasileiro traz a dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no art. 1º da CRFB/1988, como um dos fundamentos da nossa República.

Ocorre quando se trata de definir um conceito para o princípio da dignidade da pessoa humana, resta clara a dificuldade na sua busca.

De acordo com Perez Luño (1990, p. 318), “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensa ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.”

Sarlet (2008) destaca que tal princípio foi pensado anteriormente a constituição, a não inclusão da dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, haja vista que, como ocorreu em outros ordenamentos em que esta foi objeto de previsão expressa, não houve compreensão clara no que diz respeito ao seu exato enquadramento. Daí, trouxe o caráter axiológico da dignidade da pessoa humana, elevando-a a condição de princípio e valor fundamental.

Paulo e Alexandrino (2015, p. 94) afirmam que a

Dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes totalitários), mas sim na pessoa humana.

A dignidade, conforme assevera Sarlet (2008), é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, ou seja, irrenunciável e inalienável. É uma característica da própria condição humana, que deve ser respeitada e protegida, não podendo ser criada, muito menos retirada, pois é inerente ao indivíduo como ser humano.

Piovesan (2000, p. 54), cita a respeito do princípio afirmando que a dignidade da pessoa humana, encontra-se fundada como alicerce matriz constitucional, “imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos”, promovendo um suporte valorativo a todo o sistema jurídico brasileiro.

Nesse contexto relacionado a dignidade da pessoa humana, o Estatuto da Criança e do Adolescente, faz menção em diversos dispositivos da referida norma, quanto a responsabilidade dos atores sociais na garantia pela promoção de seu desenvolvimento sadio, com vistas a proporcionar o pleno crescimento físico, mental, espiritual, resguardando a vida, saúde, dignidade, lazer, educação, atividades profissionalizantes, etc., e a imprescindibilidade não apenas de garantia constitucional e infraconstitucional, mas também e principalmente de políticas públicas efetivas em cancelar e promover tais direitos e proteção.

3 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E POLÍTICAS PÚBLICAS NO PROCESSO DE PROTEÇÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Nesse momento, busca-se discorrer, mesmo que de forma breve, acerca da definição, até para melhor compreensão do tema proposto, de Criança e Adolescente, assim como da Doutrina da Proteção Integral e das políticas públicas.

Tais conceitos são de fundamental importância com vista a articulação de ações conjuntas entre poder público e sociedade na implementação de políticas, com base na gestão participativa, uma vez que se prima pelo bem-estar das pessoas em desenvolvimento e, conseqüentemente na preservação da ordem pública.

Como disposto no art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA⁶, a política de atendimento é baseada na articulação em conjunto de ações governamentais e não governamentais e para tanto, necessário se faz traçar aspectos relacionados a doutrina da proteção integral, assim como também aos princípios de proteção à criança e ao adolescente, para que se possa então demonstrar uma política pública eficaz, promovida através do planejamento participativo e voltada a tutela dos mesmos.

Sendo assim, o ECA nasceu em virtude da necessidade de regulamentar o art. 227 da CRFB/1988, trazendo em seu bojo a aspiração da comunidade internacional, baseada na Convenção sobre os Direitos da Criança e, especialmente, no que diz respeito ao anseio da sociedade em ter instrumentos capazes e eficazes quanto a proteção dos direitos da Criança e do Adolescente, consagrando assim, a Doutrina de Proteção Integral.

É sobretudo importante assinalar o disposto no art. 3^o7 do ECA quanto a preocupação do legislador no que diz respeito ao gozo de Direitos Fundamentais e a Proteção Integral, assegurando a pessoas em desenvolvimento, ou seja, crianças e adolescentes, seja através da legislação ou por outros meios, “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Vale lembrar também, segundo Veronese (1997), com fulcro no art. 227, CRFB/1988, que a proteção à Criança e ao Adolescente passa a ter um novo alicerce, tornando-os sujeitos de direitos, ou seja, a dinâmica dos novos direitos surgindo a partir do exercício dos direitos já conquistados.

Sendo assim,

A criança [...] passa a ser vista como absoluta prioridade, como sujeito portador de direitos e pessoa em estágio privilegiado de formação e desenvolvimento. Até a chegada do Estatuto, suas questões nunca haviam sido consideradas ou tratadas como prioridade nacional, sobretudo com a afirmação de garantias de primazia de proteção e socorro, de preferência de atendimento, de preferência nas políticas sociais, e de destinação privilegiada de recursos públicos. (KAMINSKI, 2002, p.10).

Paula (2002) expõe que as Crianças e Adolescentes passam a ser identificadas como sujeitos de direitos e juridicamente protegidos, sendo reconhecida a existência de relações subordinadas entre a família, a sociedade e o Estado, de um lado e, Crianças e Adolescentes do outro, fundada no disposto na Carta Constituinte de 1988, objetivando destacar a proteção através da prescrição de suas respectivas órbitas de incidência, buscando a concretude de suas normas.

⁶ Doravante o Estatuto da Criança e do Adolescente será citado como ECA.

⁷ Art. 3^o. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Dispõe o art. 1º do ECA quanto à Proteção Integral seja à criança, quanto ao adolescente, sendo que Pereira (2008), ressalta que tal normativa, assim como qualquer lei, estabelece parâmetros objetivando constituir o sujeito no interior da sociedade, fazendo de uma forma em que esta constituição comporte a submissão desse sujeito.

O mencionado autor mostra ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de estabelecer direitos, traz um rol de deveres que serão objeto de atenção tanto quanto os direitos previstos, acrescentando que os deveres determinados no Estatuto visam a aplicação de mecanismos sociais próprios ao estabelecimento da ordem social e voltados a reprimirem comportamentos fora da normalidade, objetivando a reeducação e ressocialização junto à sociedade e à família, sendo que de acordo com a infração cometida, responderá por seus atos através da punição cabível definida em lei (PEREIRA, 2008).

É de verificar sobre um assunto essencial e intimamente relacionado aos direitos previstos no ECA e na CRFB/1988, ou seja, a Doutrina de Proteção Integral, bem como o Princípio da Absoluta Prioridade, previsto constitucionalmente.

O ECA adotou a Doutrina da Proteção Integral, tendo como base, segundo Ishida (2010), o reconhecimento de que Criança e Adolescente são sujeitos de direitos especiais e específicos. Elias (2010, p. 2) ressalta ainda que: "a proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade".

Paula (2002, p. 23) destaca que "a proteção integral almeja, em síntese, propiciar e garantir desenvolvimento saudável e integridade à criança e ao adolescente".

É integral, primeiro, porque assim diz a CF em seu art. 227, quando determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo; segundo, porque se contrapõe à teoria do "Direito tutelar do menor", adotada pelo Código de Menores revogado (Lei 6.697/79), que considerava as crianças e os adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular, disciplinada no art. 2º da antiga lei. (LIBERATI, 2003b, p. 15).

Ishida (2010) afirma que além de serem resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana à criança e ao adolescente, estes ainda gozam do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, vindo desta forma preservar a liberdade e a dignidade dessa Criança e desse Adolescente e, segundo Saraiva (2009), estes passaram de "objetos de proteção" à "sujeitos de direitos".

A Doutrina de Proteção Integral encontra-se também tal referência no ECA, em seu art. 4º, tendo a responsabilidade em resguardar e garantir a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, não somente a família, mas também o Estado, a sociedade em geral e a comunidade em que aqueles pessoas encontram-se inseridas, sendo que no referido dispositivo legal, pode-se observar o envolvimento direito e participativo da sociedade, juntamente com o poder público, na garantia do exercício de direitos e na implementação de ações integradas na política de atendimento a crianças e adolescentes, o que verifica-se no Projeto "Sou Estudante, Sou Cidadão", conduzido entre a Polícia Militar de Santa Catarina, através da 1ª Companhia do 12º Batalhão de Polícia Militar, sediada no município de Camboriú/SC em parceria com o poder público e a comunidade.

Liberati (2003a, p.47) em relação ao disposto no parágrafo único do art. 4º, aduz que "a enumeração de prioridades contida nesse parágrafo é apenas exemplificativa e representa o mínimo exigível de situações em que deverá ser assegurada a preferência à infância e à juventude", assim como também ressalta que por absoluta prioridade deve-se entender que deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes a Criança e o Adolescente, devendo ser atendidas todas as suas necessidades, face o povo ser o maior patrimônio de uma nação e as Crianças e os jovens são o maior patrimônio de um povo.

Em relação ainda à responsabilidade do Estado, da família e da sociedade quanto a proteção à Criança e ao Adolescente, a participação de vários setores da sociedade e de atores sociais na garantia dos direitos, objeto deste tema, tem como ponto de origem o previsto no artigo 204 da CRFB/1988 e para que seja concretizado, Liberati (2003a) assevera dois pontos importantes que devem ser considerados: a descentralização político-administrativa e a participação da população por meio de suas organizações representativas.

A solidariedade humana é uma necessidade natural e um dever moral de todos os seres humanos e visando fortalecer o sistema, Liberati (2003a, p. 37) demonstra que a sociedade civil, através de suas organizações representativas, “colaborando na formulação das políticas e no controle das ações, em forma de conselhos paritários e deliberativos em todos os níveis: municipal, estadual e federal”, devem ter participação efetiva na tutela dessas pessoas.

Desse modo, segundo Paula (2002, p. 27), a “proteção integral almeja, em síntese, propiciar e garantir desenvolvimento saudável e integridade à criança e ao adolescente”, bem como não deve ser concebida como forma de garantir a maturidade, mas sim como um dever de todos na busca do direito das Crianças e Adolescentes viverem com dignidade e respeito, gozando de seus direitos, expressos em interesses protegidos juridicamente, de forma que os movimentos progressivos, movimentos estes mais perceptíveis na infância e na adolescência, firmando-se como consequências naturais e não como fins em si mesmos.

Dito isso, há a necessidade em promover, conforme previsão disposta nos artigos iniciais do ECA, políticas públicas, as quais têm como objetivo deixar claro que o todo é fundamental na integração de interesses de forma comprometida com a situação, estabelecendo igualdade entre todos os atores sociais.

[...] política pública deveria ser concebida como um conjunto de subsistemas relativamente estáveis, que se articulam com os acontecimentos externos, os quais dão parâmetros para os constrangimentos e os recursos de cada política pública [...] crenças, valores e idéias são importantes dimensões do processo de formulação de políticas públicas (SOUZA, 2006, p. 31).

Ainda no que se refere as políticas públicas, Santin (2004, p. 35) ensina que “são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos” e, aliado a isso, assevera Souza (2006, p. 37) o qual afirma que políticas públicas são “em uma democracia, questões de ação coletiva e de distribuição de bens coletivos e, na formulação da escolha racional, requerem o desenho de incentivos seletivos”.

Importante destacar também que o alicerce das políticas públicas, que, de acordo com Grau (2008) funda-se em reconhecer os direitos sociais, os quais são concretizados através da prestação positiva de ações por parte do Estado.

Como pode ser observado, as definições ora destacadas se complementam, uma vez que as Políticas Públicas constituem-se em ações governamentais, seja de nível local, estadual ou nacional, visando gerar resultados em prol do bem estar social, sendo que deve haver um trabalho em conjunto, entre o Poder Público constituído e à sociedade organizada (FREY, 2007; SOUZA, 2006).

Hochman (2007) traz a participação de atores sociais no processo de definição e formulação de políticas públicas, influenciando na definição da agenda governamental, bem como definindo alternativas, compostos por representantes dos poderes executivo e legislativo, partidos políticos, grupos de interesse (público, indústria, negócios e categoria profissionais, por exemplo), bem como a mídia, considerada um instrumento fundamental na formulação da agenda⁸.

⁸ No mesmo sentido: RUA, Maria das Graças.

Santin (2004) observa que a CRFB/1988 é o alicerce na implementação de políticas públicas, traça normativas e princípios norteadores por parte do Estado no desenvolvimento das atividades públicas, proporcionando que os atores sociais, dentre estes os agentes públicos e legislador infraconstitucional sigam as regras estabelecidas.

Insta destacar que as Políticas Públicas devem ser reguladas pela moral e pela ética, sendo esta compreendida como a ciência que estuda os princípios, valores, idéias e hábitos que orientam racionalmente a conduta humana tendo em vista a felicidade e esse é o fundamento que encontra-se baseado no projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”.

Assim, sabe-se ainda que os atores das Políticas Públicas tem um papel fundamental na condução de atividades de suma importância para o desenvolvimento da sociedade e a tomada de decisões são essenciais para tal.

Em outras palavras, decisão encontra-se profundamente relacionada ao fato de assumir responsabilidades, deliberando ações, agindo de maneira adequada diante das situações que a vida nos impõe para que o homem possa se realizar, ser feliz e viver em desenvolvimento, crescer como pessoa e como cidadão.

Neste sentido, pode-se dizer que as Políticas Públicas primam por ações desenvolvidas pelo governo, agindo, influenciando e propondo mudanças, de forma direta ou indireta, na vida da sociedade, necessitando de constantes avaliações dos projetos desenvolvidos, a fim de garantir sua finalidade, ou seja, o bem comum.

Sendo assim, a multidisciplinaridade existente na Política Pública, visa abreviar as hipóteses existentes na ciência política, na sociologia, na economia, dentre outros ramos da ciência que objetivam o desenvolvimento social.

Desta feita, é através da organização entre sociedade de Poder Público, analisando e compreendendo as necessidades e a realidade das sociedades, por meio da participação, do trabalho em conjunto é que os anseios serão galgados. E no que diz respeito da participação da comunidade e órgãos públicos nesse processo, tem-se a busca pelo bem estar às crianças que encontram-se em situação de vitimização na cidade da Camboriú que, com a implementação do Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”, dentro do ambiente escolar e com a participação da Polícia Militar nesse processo, minimizando as barreiras e quebrando paradigmas na busca pelo bem estar dessas pessoas, tendo-se, como contra partida, a não apenas despertar o senso de civismo e valores básicos inerentes a pessoa humana, como também contribuir, direta e indiretamente, para a redução de índices de criminalidade na região.

4 POLÍCIA DE PROXIMIDADE E O PROJETO “SOU ESTUDANTE, SOU CIDADÃO”

Aproximar-se, nos dias atuais, é um ato mais difícil do que se possa imaginar, uma vez que encontram-se imersos em um mundo digital que, por conta do comportamento humano em relação à utilização das redes sociais, acaba afastando as pessoas.

A polícia de proximidade é algo desafiador em razão da própria natureza humana e da história que a polícia no Brasil traçou. É o que disserta Marcineiro (2009, p. 56):

A partir do fim da II Guerra Mundial começa uma era de grandes transformações no país e no mundo. O ano de 1945 representou a derrocada do Nacionalismo, com a queda do Nazismo, Salazarismo e Fascismo na Europa e do Estado Novo no Brasil. O país entra numa era de redemocratização. A Constituição da República de 1946 mantém a competência da União para legislar sobre a organização, instrução, justiça e garantias das Forças Públicas [...] definiu, ainda, as polícias militares como força auxiliar e reserva do Exército, instituídas para a segurança interna e a manutenção da ordem nos Estados [...] em 1964, o país voltou a passar

por momentos de turbulência política e social, que culminaram na Revolução de 31 de maio de 1964. Novamente, o país voltaria a viver em um regime de exceção, com restrição das liberdades políticas e individuais. Como em outras épocas de nossa história, esse regime caracterizou-se pela centralização e excessivo controle sobre a segurança pública, restringindo a liberdade, dos governadores de organizarem os órgãos de segurança estaduais. Uma alteração substancial na polícia ocorre em relação à missão, que deixa de se preocupar somente com a segurança pública e passa a se preocupar com a segurança interna dos estados.

De acordo com Gaspari (2002), as raízes da concepção do uso da força pelas corporações policiais brasileiras remontam ao período da ditadura militar.

Já Soares (2005) indica que os fenômenos do crime, da violência e do homicídio estão fortemente relacionados com fatores políticos, bastando observar a incidência da violência policial e de Estado nas ditaduras e nos regimes totalitários. Sob esse enfoque, não só o Brasil teve seus dias de ditadura militar, mas vários países do mundo passaram por essa experiência política em sua história, como a ditadura grega (1967-1974) que segundo as pesquisadoras psicólogas, Gibson e Haritos-Fatouros (1986), tiveram em suas polícias militares condutas consideradas inumanas e aberrantes.

Inegável afirmar que a polícia sofre com as marcas deixadas não só pelo período ditatorial, mas de toda história brasileira. O entendimento do contexto em que a Polícia Militar se encontra inserida torna-se imprescindível porquanto, como preleciona Pedroso (2005), o aparato policial foi por várias vezes reformado e em todas elas o intuito não foi o de somente modernizar a instituição, mas sim porque a ela cabia um novo papel.

Destarte, o cidadão não era o foco das ações desempenhadas pela polícia. Os esforços eram divididos entre missões de segurança pública e proteção territorial, através da defesa interna. A falta deste foco no cidadão ocasionou um distanciamento entre o policial e a sociedade, que foi sendo recuperada desde a promulgação da constituição de 1988, considerada a constituição cidadã.

Segundo Marcineiro (2009), a filosofia de polícia comunitária no Brasil coincide com o período de abertura democrática e com a constituição de 1988, quando se passa a dar mais ênfase à proteção dos direitos e liberdades individuais frente às ameaças a eles, representadas pela força e poder das instituições do Estado e a proteção da vida e da propriedade.

O município de Camboriú foi considerado o mais violento do Estado de Santa Catarina no ano de 2012, sendo que a partir do ano de 2013, deu-se início a um projeto permanente de policiamento comunitário partindo do pressuposto de aproximação com a comunidade, sendo estruturado e surtindo efeitos concretos na redução dos índices de letalidade violenta⁹.

Os dados e resultados do trabalho inicial estão disponíveis na pesquisa do Major da PMSC Pablo Neri Pereira¹⁰, sendo que desde o início do trabalho, o título de cidade violenta do Estado não recaiu mais sobre Camboriú, contudo, a escalada da violência em 2018 impeliu a tomada de novas medidas. Medidas que trouxessem uma nova abordagem dos problemas enfrentados. Foi desta necessidade que surgiu o projeto “Sou estudante, Sou cidadão”.

Sustentado na premissa da quantidade de pessoas que podem ser atingidas com a influência da polícia militar dentro do ambiente escolar, este tipo de influência e aproximação pode gerar resultados efetivos e recompensadores, o que, pode ser observado, mesmo que num curto espaço de tempo, quando da implementação do projeto “Sou estudante, Sou cidadão”.

⁹ Nomenclatura utilizada pela polícia militar para caracterizar os crimes contra a vida.

¹⁰ PEREIRA, Pablo Neri. Projeto de policiamento “Camboriú mais segura: estudo de caso das ações em redução dos crimes de letalidade violenta. Disponível em: <<http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/00000E/00000E23.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

Denota-se que a interação diária com os alunos visa proporcionar uma mudança na realidade em que estão inseridos não apenas os discentes, como também reflete, positivamente, em toda a comunidade. Os preceitos e valores repassados durante o desenvolvimento das ações entrarão nos lares, possivelmente reestruturando relações há muito inexistentes, perdidas e/ou desgastadas.

Desse modo, o desenvolvimento do projeto buscou encontrar uma fórmula que contemplasse a economia no uso do efetivo e no tempo de emprego, sendo que tal envolvimento e execução no policiamento, mesmo que em ambiente escolar, demanda o cumprimento de horas complementares aos policiais militares.

Qualquer atividade desenvolvida hoje, fora da rotina orgânica de trabalho no atendimento de ocorrências, preventivo ostensivo, barreiras e operações, ocasiona um impacto significativo no banco de horas do policial militar, fazendo com que deva ser recompensado com folga, o que reduziria, mesmo que minimamente, a prestação de um serviço de qualidade para a população.

Assim, optou-se por empregar sete polícias militares que exercem suas funções no expediente administrativo (internas), os quais assumem o serviço às 12h00min, assim como também outros quatro policiais militares vêm de funções consideradas operacionais como Proerd, Rede de Segurança Escolar e Rede de Vizinhos, além de dois agentes temporários e dois estagiários cedidos pela Prefeitura.

Dessa maneira, para que àqueles que atendem à população também pudessem ser inseridos no projeto, há uma escala de serviço em que uma guarnição do serviço operacional que inicia às 12h00min e, após o projeto, efetua barreiras de trânsito até às 00h00min.

O projeto objetiva mudar o referencial das crianças estudantes de um colégio específico e pontual, escolhido para ser o receptor das ações, conforme os índices de criminalidade do entorno, os fatores de risco social, ocorrências policiais e pedagógicas, e evasão escolar.

Segundo levantamentos de inteligência, o Bairro Monte Alegre em Camboriú, é o que mais sofre com a influência de facções criminosas. Dentro dele tem-se o maior colégio municipal de ensino fundamental: o CAIC Jovem Ailor Lotério, com 600 (seiscentas) crianças cursando do 1º ao 5º ano, escolhido para receber o projeto a partir do dia 30 de julho de 2018.

A execução propriamente dita do projeto está em realizar um deslocamento motorizado, com viaturas da base da Companhia que fica situada no Bairro Santa Regina (Camboriú/SC) com o efetivo especificado acima, e que passam a realizar um policiamento ostensivo durante o deslocamento até o CAIC, transitando por pontos de bairros considerados mais atingidos por organizações criminosas ou incidência de infrações penais, gerando assim uma maior presença policial militar e, conseqüentemente, reduzindo o medo do crime.

O período que compreende as ações é de segunda a sexta-feira, sempre durante o ano letivo, iniciando com a chegada à escola que se dá por volta das 12h30min, momento em que se inicia a recepção dos alunos, tendo os policiais militares a responsabilidade pelo controle da entrada e organização, especialmente daqueles alunos que querem acessar a estrutura da escola fazendo uso de bicicleta, ainda embarcados dentro do pátio, o que pode colocar em risco algumas crianças.

Além disso, no início do projeto, quando as crianças ainda estavam perdidas, esses policiais as ajudavam a encontrar seus lugares em forma. Elas são divididas em cinco pelotões que representam as cinco séries. Dentro de cada série são divididos dentro de suas salas um policial militar fica responsável por cada série. Os anos iniciais (1º e 2º) contam com dois policiais militares para organizar as crianças em razão da agitação característica da idade. A educação infantil também foi inserido no projeto, a pedido da direção da escola e conta com dois policiais militares para controle e interação com as crianças.

O ato da solenidade diária é realizado em uma quadra coberta localizada dentro do CAIC. A cerimônia se inicia às 13h00min, com o fechamento dos portões. As crianças que chegam após este horário são concentradas em outro local, longe da quadra da formatura.

Na quadra existe um a estrutura destinada a receber o hasteamento da bandeira, bem como um palco móvel para o púlpito, som, e acomodação das autoridades e/ou homenageados.

Os atos que compõem a formatura são os de apresentação dos alunos ao policial militar mais antigo que estiver presente, como forma de demonstrar respeito e deferência às autoridades e instituições constituídas. Logo após tem-se o hasteamento das bandeiras (nacional, estadual e municipal), com o fito de apresentar às crianças os símbolos que fazem parte de sua realidade local e nacional.

Ato contínuo, há o uso da palavra por autoridades presentes, objetivando motivar e influenciar as atitudes positivas dos estudantes, servindo como exemplo positivo de conquista pessoal e profissional através do esforço e dedicação, respeitando os deveres e as outras pessoas. Encerrando-se o uso da palavra, tem-se ainda o canto do hino nacional e o desfile do 5º ano em marcha.

Alguns aspectos observados durante os três meses de desenvolvimento do projeto é que durante a formatura, no ato específico de hasteamento da bandeira, as crianças viam os policiais militares prestando a continência. Voluntariamente elas iniciaram a realizar o ato de fazer a continência, sem ingerência ou exigência por parte dos policiais militares. Da mesma forma ocorreu com o desfile, que teve início com os alunos do 5º ano. Os alunos do 4º ano iniciaram por conta própria a marchar espelhados pelos alunos do 5º ano. Neste caso também não houve ingerência externa, somente o exemplo.

Atribui-se mimetização dos comportamentos a necessidade o reconhecimento dado aos que realizavam os atos de continência e marcha. Estes dois casos demonstram na prática a capacidade de influência que um ato cívico pode causar no comportamento das crianças e estas querem ser reconhecidas de alguma forma. Assim como o hasteamento também se traduz em um reconhecimento, já que diariamente, diferentes crianças são chamadas a hastear as bandeiras juntamente com autoridades.

Todo o processo diário é registrado através de fotografias que são colocadas nas redes sociais e, por força disso, ganham amplitude a divulgação do projeto, sensibilizando ainda mais a sociedade e a iniciativa privada e órgãos públicos que manifestam interesse em conhecer o projeto e, de alguma forma, auxiliar na continuidade do mesmo.

Destaca-se que os momentos de registro são os de hasteamento, continência à bandeira e desfile. Além de despertar o interesse das crianças os pais também desejam ver seus filhos reconhecidos e multiplicam nas redes sociais o que é publicado.

Todos os atos desenvolvidos pela Polícia Militar têm o acompanhamento pedagógico de duas orientadoras educacionais e somado ao referido acompanhamento, essas profissionais da educação são responsáveis por indicar os alunos destaques no comportamento semanal, sendo tal ferramenta criada com o objetivo de estimular os alunos a exercitarem seus deveres para que sejam reconhecidos.

A ideia é que não se imponha objetivos que não possam ser alcançados por crianças com grave vulnerabilidade social ou algum tipo de deficiência, uma vez que a qualquer meta intelectual já desanimaria os alunos, já que muitos não contam com o mínimo apoio para se dedicarem aos estudos e não possuem a estrutura necessária para isto.

4.1 DOS RESULTADOS OBTIDOS

Dentre as ferramentas utilizadas nesse processo, pode-se mencionar: a apresentação ao professor em sala de aula; o chefe de turma; a designação de funções na formatura; visita de bandas de música e a escolha do aluno destaque, as quais serão discorridas brevemente.

Quanto a **apresentação ao professor** em sala de aula, destaca-se que todas as classes são apresentadas aos professores que estão em sala, tendo como objetivo a ser alcançado é o resgate da figura do professor como mestre e condutor de ações pedagógicas efetivas que facilitem o aspecto comporta-

mental e educacional das crianças, sendo que no início os policiais militares realizavam as apresentações. Atualmente, os alunos já o fazem, auxiliados de perto pelos policiais militares. Baseia-se em solicitar que a turma permaneça de pé enquanto o aluno escolhido como “chefe de turma” apresenta ao professor.

Quanto ao **Chefe de turma**, diariamente, diferentes alunos são escolhidos para exercerem tal função em cada sala de aula/turma. Isto objetiva criar nos estudantes um espírito de identidade com o CAIC, gerando neles um sentimento de pertencimento e responsabilidade com as instalações, valores e pessoas ali representadas.

A figura do chefe de turma tem como responsabilidade controlar os outros alunos através de anotações entregues às orientadoras e se comportar para ser exemplo aos demais, bem como todos os dias, diferentes alunos são escolhidos para figurarem como esses líderes.

Já a **designação de funções** na formatura, há também, todos os dias, alunos do 5º ano são escolhidos para desempenharem funções, auxiliando os policiais militares durante a formatura. Por muitas vezes, desempenhando o papel que o policial militar desempenharia, sempre acompanhados e supervisionados. Ações como: auxiliar no controle dos alunos dos 1º, 2º e 3º anos, ser o “comandante da tropa” e ler o roteiro diário.

No que se refere a **visitação de bandas de música**, resta ressaltar que um dos fatores a ser combatido no ambiente escolar com o projeto é a evasão escolar, incentivando as crianças a participarem mais com suas presenças.

Destaca-se que a evasão escolar é um fator a ser combatido e todas as ferramentas têm como objetivo indireto também. As bandas vêm com este foco, trazer as crianças e os pais para a escola, como um atrativo cultural e é realizado toda segunda-feira, um dos dias de mais falta dos alunos.

Por fim, tem-se ainda a escolha do **aluno destaque**, tendo como objetivo de combater a evasão escolar e também incentivar a participação dos alunos, toda sexta-feira, um aluno de cada série é escolhido para ser homenageado com um botton desenvolvido com o tema do projeto, que pode ser usado por ele durante o período escolar, inclusive.

Esta ferramenta também incentiva a participação de empresas e entidades sociais que queiram participar do projeto, entregando presentes aos alunos que foram escolhidos destaques e estando presentes nas formaturas de entrega.

Em relação a dinâmica de avaliação do projeto, este tem previsão de encerramento no dia 30 de novembro de 2018, quatro meses após seu início.

A forma de avaliação será comparar os quatro primeiros meses em que a polícia militar não esteve presente no colégio e os meses em que o projeto foi desenvolvido.

Os índices a serem avaliados são ocorrências escolares de indisciplina em sala de aula e, eventualmente, fora dela. As taxas de evasão escolar e também as notas dos alunos, isto porque o projeto pode ter influenciado indiretamente estes índices. Além disso, os números de violência no entorno do colégio e também serão analisados.

Além disso, é um dever enquanto Instituição se aproximar das pessoas.

A mudança mais sensível é a do próprio policial que com o convívio diário com pais e alunos, passa a ver o cidadão de forma diferente, não como um inimigo a ser combatido e sim um portador de necessidades na área de segurança e um colaborador, a sua forma, na solução de problemas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo, mesmo que de forma breve, contudo pontual, expor e analisar os resultados iniciais do Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”, implementado no CAIC Jovem Ailor Lotério e envolvendo 600 (seiscentas) crianças, situado no Bairro Monte Alegre, no município de Camboriú/SC, sob a responsabilidade da 1ª Companhia do 12º Batalhão de Polícia Militar - 1ª/12º BPM, sediada naquela cidade.

A finalidade maior concentra-se num processo de polícia de proximidade (ou filosofia de polícia comunitária), calcado na governança e na concretização de políticas públicas por parte da Instituição, Polícia Militar, através da 1ª/12º BPM, presente no sistema de segurança pública e que, diante da realidade de vitimização em que aquelas pessoas em desenvolvimento, crianças e adolescentes, encontram-se inseridos, buscou-se adotar mecanismos visando quebrar paradigmas e proporcionar a quebra de barreiras.

A finalidade do projeto, não detém o condão de militarizar aquele ambiente escolar, mas retomar, proporcionar, estimular, reavivar valores que se perderam com o tempo no processo de formação daquelas crianças ou que, muitas vezes, sequer tiveram a oportunidade de recebê-los.

Valores como respeito, no sentido macro, de amor à Bandeira e aos demais Símbolos Nacionais, de ética, de comportamento, reunindo força de vontade, iniciativa, receptividade da comunidade escolar, pais, órgãos públicos (municipais e estaduais), parcerias construídas com a iniciativa privada, dentre outras ações desenvolvidas em busca de um único resultado: proporcionar, mesmo que minimamente, dignidade àquelas crianças e jovens que encontram-se inseridos em uma comunidade não apenas carente, mas com histórico de violência e criminalidade.

Diante disso, diariamente, por conta do contato diário dos policiais militares e demais atores sociais envolvidos nesse processo e da complexidade da realidade ali inserida e percorrida anteriormente, provoca-se uma reflexão na busca de soluções com vistas a minimizar aquele cenário, sendo que a percepção e garantia por parte do Estado quanto a dignidade das pessoas em desenvolvimento, preceito constitucional, a articulação de ações e instrumentos chanceladores da proteção integral desses, através das parcerias constituídas e que vem sendo fortalecidas diariamente com políticas públicas, promovem o bem-estar de todos, não apenas das crianças e jovens, como também dos próprios policiais militares, da comunidade escolar e da família.

Certamente ter-se-ia muito mais a discorrer sobre presente tema, tão relevante na nossa atualidade, quem sabe, num momento oportuno, se possa retomar essa pesquisa, demonstrando o seu desfecho e reflexos positivos (o qual não se tem dúvida disso) tratados nesse belo Projeto “Sou Estudante, Sou Cidadão”.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis?L8069.htm>. Acesso em: 23 out. 2018.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.
- ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- FREY, Klaus. **Governança Urbana e Participação Pública**. RAC-Eletrônica, v. 1, n. 1, art. 9, p. 136-150, Jan./Abr. 2007. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac-e>>. Acesso em: 20 out. 2018.
- GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GIBSON, Janice T.; HARITOS-FATOUROS, Mika. **The education of a torturer**. *Psychology Today*, v. 20. p. 50-58, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradutor: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Formato Artes Gráficas, 1998.
- HOCHMAN, Gilberto. ARRETCHE, Marta. MARQUES, Eduardo. **Políticas Públicas no Brasil**. HOCHMAN, Gilberto (Org.). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição?** Canoas, ULBRA, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida sócio-educativa é pena?** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003a.
- _____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.
- MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia Comunitária. Construindo segurança nas comunidades**. Florianópolis: Insular, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.
- MORAES Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. São Paulo, SP: Método, 2015.
- PEDROSO, Regina Célia. **Estado Autoritário e Ideologia Policial**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005.
- PEREIRA, Pablo Neri. **Projeto de policiamento “Camboriú mais segura: estudo de caso das ações em redução dos crimes de letalidade violenta**. Disponível em: <<http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/00000E/00000E23.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

- _____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.** 5. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- RUA, Maria das Graças. **Análise de Políticas Públicas: conceitos básicos.** In: O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados ed. Brasília: Paralelo 15, 1998.
- SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas.** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SOARES, Gláucio Ary Dillon. **As co-variadas políticas das mortes violentas.** Opinião Pública, Campinas, v. 11, n. 1, mar. 2005.
- SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura.** Sociologias, jul./dez. 2006, no.16, p.20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.
- VERONESE, Josiane R. Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente.** São Paulo: LTr, 1997.

ENTRE O HOMESCHOOLING E A FREQUÊNCIA ESCOLAR: ASPECTOS JURÍDICOS

BETWEEN HOMESCHOOLING AND SCHOOL ATTENDANCE: LEGAL ASPECTS

Vaniele Medeiros Da Luz¹

Resumo: O presente artigo realiza um estudo a respeito das controvérsias que têm surgido no Brasil sobre ensino domiciliar. O objetivo principal é analisar a possibilidade de reconhecimento dessa modalidade de ensino como uma opção instrumental aos pais diante do dever de educação que lhes é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, examinamos os direitos e deveres dos pais quanto à educação dos filhos, o dever do Estado na prestação desse serviço, bem como os princípios fundamentais que norteiam o direito à educação das crianças e dos adolescentes. O trabalho também verifica a função social da instituição escolar como ambiente para o desenvolvimento dos valores sociais e da cidadania. Utilizamos os procedimentos da pesquisa bibliográfica, de método indutivo e nível exploratório. Percorremos as disposições internacionais, constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à educação e concluímos que o ensino domiciliar, atualmente, não está autorizado pelo ordenamento jurídico e nem alteração legislativa poderia modificar tal panorama, já que essa modalidade de ensino não se amolda aos princípios constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Autonomia privada. Direitos fundamentais. Ensino.

Abstract: *The present monographic coursework carries out a study about the controversies that have emerged in Brazil about homeschooling. The main objective is to analyze if it is possible to recognize that teaching modality as an option to the parents considering their rights and educational obligation assigned by Brazilian legal system. In order to achieve that objective, we examine the parents' rights and obligation related to their children education; the State obligation, on the provision of that service, as well as the fundamental principles that guide the educational rights of children and adolescents. The final coursework also verifies the social function of the school as a local for development of social values and citizenship. We used the bibliographic research procedures, inductive method and exploratory level. We examined the international, constitutional and infra-constitutional provisions about the right to education and we concluded that homeschooling is neither authorized by our Brazilian legal system nor that scenario could be changed, according to our constitutional principles. Therefore, homeschooling cannot be recognized as an option to the parents.*

Keywords: Private autonomy. Fundamental rights. Teaching.

¹ Mestra em Ciências da Linguagem pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL 2011); Possui Especialização em Gramática de Texto: leitura, análise e produção (UNISUL 2010); Graduação em Letras Português/Inglês (UNISUL 2006); Graduação em Direito (Unisul - 2013). Atua como professora de Língua Inglesa e como pesquisadora, atuando principalmente nos seguintes campos: discurso, educação e Língua Inglesa.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o ensino domiciliar no Brasil e visa a estudar a viabilidade jurídica dessa modalidade de ensino.

Conforme demonstraremos no decorrer do trabalho, o ensino domiciliar, mais conhecido pela expressão inglesa *homeschooling*, apesar de já ter sido aceito e regulamentado no Brasil, foi suprimido do ordenamento jurídico com o advento da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988). Contudo, mesmo sem regulamentação expressa, essa modalidade de ensino tem se expandido, no país, sob o principal argumento da precarização da educação escolar brasileira. Além disso, os adeptos dessa tendência têm atacado as concepções filosóficas, morais e religiosas que se espraiam pelas escolas do país.

As motivações que levam os pais a quererem ensinar os filhos em casa são as mais diversas. Spiegler (2010 apud BARBOSA, 2013, p. 120) apresenta um quadro que contempla doze estudos realizados em diferentes épocas e países, para os quais foram utilizados diferentes metodologias, a fim de demonstrar a variedade de pesquisas sobre o tema.

No que se refere ao Brasil, Vieira (2012, p. 52 apud BARBOSA, 2013, p. 124) afirma que motivações religiosas e morais constituem uma constante entre os pais que optam pelo ensino domiciliar, além de críticas ao ambiente escolar, experiências negativas sofridas na escola e motivações pedagógicas associadas às alegações de que o ensino regular é ineficaz.

Em que pese ser uma prática juridicamente possível em mais de 63 (sessenta e três) países, no Brasil não há consenso se o *homeschooling* seria lícito ou não. Segundo o consultor jurídico Alexandre (2016, p. 10):

Quanto à possibilidade, na atual disciplina jurídica educacional brasileira, da prática do *homeschooling*, ou seja, de os pais ou tutores assumirem a responsabilidade pela educação dos filhos menores em idade escolar, são três as correntes interpretativas: a da aceitação com mutação legislativa, a da negação absoluta e a da plena conformidade. Para a primeira, a metodologia não é vedada, mas dada a claudicante legislação, é necessário inovar no campo jurídico para que o fenômeno passe a ser legítimo. A segunda corrente nega a possibilidade mesma de se legalizar o *homeschooling* no Brasil, fazendo uma defesa apaixonada da sua total impossibilidade jurídica. Para a última corrente, a legislação positiva brasileira já contempla plenamente a possibilidade da prática do *homeschooling*.

O caso mais emblemático é o da família Dias, do Rio Grande do Sul, que, em 2012, decidiu que a filha mais velha deixaria os bancos escolares para ser ensinada em casa. A família entendeu que o ensino domiciliar, em razão da insatisfação com os aspectos educacionais da escola, representava direito líquido e certo e impetrou mandado de segurança contra ato da secretária municipal de Canela/RS.

A família, no entanto, não obteve a tutela pretendida e apelou da decisão denegatória. Em resposta à apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 16 de maio de 2013, por unanimidade, negou provimento ao recurso, reconhecendo a inexistência de direito líquido e certo (BRASIL, 2015b).

Inconformada com a decisão do TJ/RS, a adolescente, representada por seus pais, interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, reconheceu repercussão geral ao recurso. Sobre o deferimento da repercussão geral ao tema, assim entendeu o relator ministro Luís Roberto Barroso:

[...]2. No caso, discute-se se a recorrente pode ou não ter seu direito à educação atendido por sua família, por meio da educação domiciliar (*homeschooling*).

É relevante o debate acerca dos limites da liberdade de escolha dos meios pelos quais a família deve prover a educação de crianças e adolescentes, de acordo com as suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas. A controvérsia envolve, ainda, a relação entre o Estado e a família quanto à educação, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais.

3. O caso em questão, apesar de não ser frequentemente judicializado, não está adstrito ao interesse das partes que ora litigam [...]. (BRASIL, 2015b, p. 255).

Assim, reconhecendo a repercussão geral, o ministro Barroso determinou a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versam sobre a questão e tramitam no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º do CPC/2015 (BRASIL, 2015a) e do art. 328 do RISTF (BRASIL, 2017b). Apenas em 12 de setembro de 2018, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso, conforme será, pormenorizadamente, discutido neste trabalho.

Atualmente, o que depreendemos é que enquanto alguns argumentam a favor do ensino domiciliar, principalmente pela omissão proibitiva da prática na legislação brasileira, outros figuram contra a tendência, em virtude dos princípios que norteiam a educação e, principalmente, pela função social que a escola exerce na construção dos ideais de cidadania e democracia.

2 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

Do ponto de vista da forma de abordagem do problema, a pesquisa caracteriza-se como qualitativa.

Quanto ao nível, a pesquisa classifica-se como exploratória, haja vista que aproxima o pesquisador de um problema pouco conhecido ou sobre o qual se tenha pouca familiaridade (LEONEL; MARCOMIM, 2015). Segundo Leonel e Marcomim (2015, p. 12), a pesquisa exploratória:

Normalmente trata de questões sobre as quais se queira uma compreensão básica, inclusive para se ter melhor condição e domínio para compreender melhor o problema e suas hipóteses de resposta.

[...] Como a realidade social é complexa e dinâmica, o surgimento de questões que exigem uma aproximação inicial do tema para maior domínio e desdobramentos mais profundos em novas pesquisas é algo comum no campo das ciências sociais, onde se vincula o saber do Serviço Social.

Quanto aos procedimentos para a coleta de dados, foram utilizadas as formas bibliográfica e documental, com ênfase na técnica de documentação bibliográfica, a qual se instrumentalizou por meio de leituras exploratória, seletiva, interpretativa e analítica.

No que concerne a esse tipo de pesquisa, procedemos à análise de documentos internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992); a própria Constituição Federal da República de 1988 (BRASIL, 1988); e outras normas vigentes no território nacional que regulamentam o tema Educação e que são capazes de promover interfaces com o objetivo central da pesquisa. Dentre essas normas, destacamos a Lei nº 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) (BRASIL, 1990a), com enfoque especial quanto ao direito fundamental da criança e do adolescente de frequentar à escola e a Lei nº 9394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) (BRASIL, 1996), que regulamenta a educação formal no país. Foi também objeto de especial análise o Recurso Extraordinário nº 888.815 (BRASIL, 2015b), que pleiteia o reconhecimento da modalidade de educação domiciliar no Brasil.

Por fim, quanto ao método utilizado para a comprovação da hipótese aventada, optamos pelo método indutivo.

3 SOBRE O ENSINO DOMICILIAR

O vocábulo *homeschooling*, de língua inglesa, é usado internacionalmente para identificar uma modalidade de ensino específica que é organizada e implementada pelos próprios pais ou por meio de professores particulares.

A educação domiciliar pode ser definida, de forma objetiva, conforme Barbosa e Pereira (2010 apud SÃO JOSÉ, 2014, p. 111), como a educação de crianças e adolescentes no lar, normalmente desenvolvida pelos pais ou responsáveis e/ou professor particular.

Conforme a ANED (2012), a educação domiciliar ocorre quando os pais, por si mesmos ou por intermédio de professores particulares, assumem por completo o controle do processo global de educação dos filhos. Ensinar a pensar de forma lógica e conduzir ao autodidatismo e à autonomia são alguns dos objetivos do ensino domiciliar.

No que se refere ao ensino domiciliar no mundo, Vieira (2012) apresenta os dados colhidos na *Home School Legal Defense Association*, organização sediada no Estado americano de Virgínia, e destaca que essa modalidade de ensino ocorre em pelo menos 63 (sessenta e três) países. Segundo o autor, o *homeschooling*, na maioria dos lugares, não encontra vedação jurídica expressa, o que leva a interpretações diversas.

A ausência ou a precariedade de registros confiáveis faz com seja difícil calcular a população mundial de praticantes da modalidade, todavia apenas nos Estados Unidos, estima-se que 2,04 milhões de crianças sejam educadas em casa – maior população de *homeschooled* de que se tem informação (VIEIRA, 2012, p.12).

A legislação dos Estados da federação dos Estados Unidos da América é mais complexa do que a da União. Conforme Andrade (2017), entre os anos de 1982 e 1988, 28 (vinte e oito) Estados aprovaram nova legislação a respeito do *homeschooling*, muitas delas em resposta a decisões judiciais que alegavam que a Constituição Federal e a legislação sobre o assunto eram vagas e deficientes.

O que se extrai do sítio eletrônico da *Home School Legal Defense Association*², no que se refere à possibilidade e regulamentação do ensino domiciliar nos Estados Unidos, é que essa modalidade de ensino é plenamente viável no país, no entanto a regulamentação varia de Estado para Estado, sendo que, em alguns deles, a legislação é bastante flexível, não exigindo nem mesmo notificação da prática do *homeschooling* ao Poder Público, como ocorre no Texas, Michigan, Oklahoma, Nova Jersey, Connecticut, Illinois etc; já outros Estados possuem regulamentação mínima, exigindo apenas notificação dos pais, como é o caso de Novo México, Arizona e Califórnia, por exemplo; outros, ainda, possuem regulamentação moderada e exigem que os pais, além da notificação, enviem o resultado de testes e/ou a evolução do progresso do estudante, como ocorre em Louisiana, na Flórida, Carolina do Sul, Carolina do Norte e Washington, por exemplo; e, por fim, há os Estados com alta regulamentação, os quais exigem notificação, envio dos resultados dos testes e/ou a evolução do progresso do estudante mais outros requerimentos como aprovação do currículo pelo Estado, comprovação de qualificação dos pais e professores particulares e até mesmo visitas de funcionários estatais, o que só ocorre em Nova York, Vermont, Massachussets, Rhode Island e Pennsylvania.

Na Europa, a regulamentação do ensino domiciliar também é bastante variada. Conforme Andrade (2017), na Dinamarca, os pais são legalmente responsáveis por garantir que seu filho receba a educação adequada e há um teste anual para assegurar que o programa escolar oficial esteja sendo seguido. Em regra, as autoridades locais exigem que as crianças ensinadas em casa atinjam a média escolar. Se o inspetor verificar que os resultados não são satisfatórios, outra inspeção poderá ser realizada após três meses e, caso subsistam os resultados, poder-se-á obrigar o aluno a ir para a escola regular.

Em relação ao Brasil, segundo informações obtidas por meio do sítio eletrônico da Associação Nacional de Ensino Domiciliar (ANED)³, o ensino domiciliar, após a vigência da Constituição Federal de 1988, começou a surgir no Brasil na década de 1990. O que se sabe é que as poucas famílias que o praticavam eram de origem estrangeira.

Em 1994, contudo, o deputado federal João Teixeira apresentou o Projeto de Lei nº 4657/94 (BRASIL, 1994), visando regulamentar a educação domiciliar para o ensino fundamental. Depois disso, outros projetos de lei surgiram nos anos que se seguiram, mas quase todos foram rejeitados, restando ape-

² Disponível em: <<https://hslsda.org/content/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

³ HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR. Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED). 2018. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

nas o PL nº 3179/12 (BRASIL, 2012) de autoria do deputado mineiro Lincoln Portela (PR/MG); o PL nº 3261/2015 (BRASIL, 2015c) do deputado Eduardo Bolsonaro (PSC/SP), apensado ao PL 3179/2012 (BRASIL, 2012), que obteve parecer favorável na Comissão de Educação da Câmara dos Deputados; o PLS 490/2017 (BRASIL, 2017a) do senador Fernando Bezerra Coelho (MDB/PE) e, recentemente, o PL 10185/2018 (BRASIL, 2018a) do deputado Alan Rick (DEM/CE) e o PLS 28/2018 (BRASIL, 2018b) de autoria do senador Fernando Bezerra Coelho (MDB/PE).

Segundo a ANED (2018), em 2005 um casal, no interior de Minas Gerais, resolveu tirar seus dois filhos da escola para educá-los em casa e foi condenado pela justiça a pagar multa e a matricular os filhos de volta na rede regular de ensino. O casal enfrentou a justiça e, apesar da condenação, nunca pagou a multa, nem enviou seus filhos de volta à escola. O caso ganhou grande repercussão na mídia e aviventou a esperança de outras famílias que praticavam o ensino doméstico e viviam às escondidas, temendo pressões, denúncias e processos judiciais.

No segundo semestre de 2010, um pequeno grupo de pais em Belo Horizonte, também insatisfeitos com a educação que seus filhos estavam recebendo nas salas de aula, decidiram tirá-los da escola. Além disso, organizaram uma associação, a fim de pleitear junto às autoridades a regulamentação do ensino domiciliar no país. Assim surgiu, em dezembro daquele ano, a ANED – Associação Nacional de Educação Domiciliar.

Em junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral em um recurso extraordinário que discutia sobre a possibilidade jurídica do reconhecimento do ensino domiciliar. O recurso teve origem em um mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina contra ato da secretária de educação do município de Canela - RS, caso que analisaremos em seguida detalhadamente.

O Supremo Tribunal Federal concedeu o sobrestamento de todos os processos que versavam sobre o tema e, em virtude disso, até meados de setembro de 2018, data do julgamento do recurso, nenhuma família pôde ser processada ou impedida de educar seus filhos em casa.

Segundo dados da ANED (2012), atualmente existem cerca de 5000 (cinco mil) famílias praticantes de *homeschooling* no país, perfazendo um total de 10000 (cem mil) estudantes. Apesar desse crescente número, a decisão da Suprema Corte sobreveio em 12 de setembro de 2018, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Carmem Lúcia e relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, a qual negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o ministro Roberto Barroso (Relator) e, em parte, o ministro Edson Fachin.

Assim, observamos que nem mesmo os ministros do Supremo Tribunal Federal são uníssonos a respeito do tema, enquanto o relator admite a possibilidade dessa modalidade de ensino, a maioria do pleno reconhece a impossibilidade da prática em virtude de lacuna legislativa e o ministro Luiz Fux aborda a inconstitucionalidade incidental da matéria.

Logo, mesmo após a decisão da Corte, o tema em questão continua merecedor de destaque e reflexão.

4 SOBRE A EDUCAÇÃO

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), em seu artigo 1º, define educação como sendo os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais, e este é o conceito norteador da pesquisa.

Utilizamo-nos, ainda, das ideias de Libâneo (1985; 2007) sobre educação, segundo o qual “educar (do latim, *educare*) é conduzir de um estado a outro, é modificar numa certa direção o que é suscetível de educação” (LIBÂNEO, 1985, p. 97 apud ARANHA, 2006, p. 50) e de Aranha (2006): “educação é um

conceito genérico, mais amplo, que supõe o processo de desenvolvimento integral do homem, isto é, de sua capacidade física, intelectual e moral, visando não só a formação de habilidades, mas também do caráter e da personalidade social” (ARANHA, 2006, p. 51).

É preciso, no entanto, esclarecer que esse desenvolvimento integral do ser humano, ou seja, a educação em sentido amplo, não ocorre somente no ambiente escolar. É comum confundirmos o processo educativo com a educação escolar, atribuindo a esta, que é uma das espécies de formação educativa, a única forma de educação.

Gadotti (2004, p. 239) chama a atenção para o fato de que “existem muitos produtos culturais que são adquiridos fora da escola. A escola não é o único local de apropriação da cultura”. Assim, o meio social, a família, o ambiente, os grupos e organizações sociais, os meios de comunicação, também exercem a promoção da educação.

Nesse sentido, é de suma importância para a pesquisa, a distinção entre educação formal e educação informal. Libâneo (2007) define educação não intencional ou informal como a “modalidade de educação que resulta do ‘clima’ em que os indivíduos vivem envolvendo tudo o que do ambiente e das relações socioculturais e políticas impregnam a vida individual e grupal”, mas que não seguem uma organização curricular, com objetivos e estratégias preestabelecidos, ou seja, não são prévia e deliberadamente construídos.

Já a educação intencional, para o autor, tem por características a organização metodológica, com a definição de objetivos e estratégias preestabelecidas e seu conteúdo é fruto de um saber construído e sistematizado historicamente. Segundo Libâneo (2007, p. 88):

A sociedade moderna tem uma necessidade inelutável de processos educacionais intencionais, implicando objetivos sociopolíticos explícitos, conteúdos, métodos, lugares e condições específicas de educação, precisamente para possibilitar aos indivíduos a participação consciente, ativa, crítica na vida social global.

Assim, apesar de não ser possível pensar a educação intencional ou formal desarticulada da educação informal sob risco de reducionismo, é a educação formal que se apresenta como objeto específico de investigação deste trabalho, sendo que o enfoque principal está na educação escolar. Nesse diapasão, seria possível transferir aos pais a educação formal que ora se desenvolve na escola ou aos pais cabe apenas a educação informal?

5 A EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

As normas internacionais que interessam a este trabalho são aquelas que dizem respeito aos direitos humanos e aos direitos das crianças e dos adolescentes. Os Direitos Humanos são os direitos essenciais a todos os cidadãos e, por sua inegável relevância, encontram respaldo no ordenamento jurídico interno, sendo reconhecidos hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais.

Embora existam controvérsias doutrinárias sobre a hierarquia ocupada pelas normas internacionais que versam sobre direitos humanos, adotamos a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) segundo a qual os tratados de proteção dos direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro não com hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, o que significa dizer que eles podem revogar a legislação ordinária anterior, mas não podem ser revogados por ela.

Partindo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), a qual foi assinada pelo Brasil no mesmo ano da sua promulgação, em 1948, verificamos em seu artigo XXVI a principal referência ao direito à educação. Esse diploma legal prevê que a instrução elementar deve ser obrigatória, o ensino técnico-profissional difundido a todos e o acesso à instrução superior igualitário. Declara, ainda, que toda pessoa tem direito à instrução e que esta deve ser gratuita ao menos no ensino elementar fundamental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Além disso, o documento trata do objetivo principal da educação: o pleno desenvolvimento da personalidade humana, reforçando os direitos humanos e as liberdades fundamentais, patrocinando a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações, grupos raciais e religiosos, promovendo a manutenção da paz. Por fim, também garante aos pais a prioridade do direito de escolha do gênero de educação a ser dada aos filhos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, promulgada pelo Brasil em 1992 não apresenta menção expressa ao direito à educação, todavia, em seu artigo 12, intitulado “liberdade de consciência e de religião”, item 4, dispõe que “os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções” (BRASIL, 1992a).

Além disso, há referência à proteção da criança no artigo 19: “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1992a). Infere-se, aqui, que a criança tem proteção de todos os setores da sociedade e no que se refere à educação, cabe a seus pais decidir sobre a instrução a ser recebida.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, promulgada pelo Brasil em 1990, também demonstra a responsabilidade dos pais no que se refere ao direito à educação, em seu artigo 18, itens 1 e 2, os quais afirmam:

1. Os Estados partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.

2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças. (BRASIL, 1990b, grifo nosso).

Outro documento internacional relevante que trata sobre educação é o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (1976), ratificado pelo Brasil em 1992 (BRASIL, 1992a). Nesse documento, os Estados reconhecem o direito de toda pessoa à educação e concordam que a educação deverá oportunizar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Nesse sentido: o artigo 13, item 1, dispõe que a educação deve capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (BRASIL, 1992a).

Da análise desse documento, não depreendemos possibilidade de ensino doméstico, antes disso, depreendemos da leitura do artigo 13 que os Estados partes devem observar a liberdade dos pais “de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções” (BRASIL, 1992a).

Assim, parece-nos que jaz, nesse documento, a primazia do Poder Público no provimento de educação formal, conforme defendemos nesta pesquisa.

Logo, analisando os textos que ora expusemos, verificamos que a educação é resguardada como um direito fundamental do ser humano. Ademais, à família, à sociedade e ao Estado são relegadas as responsabilidades quanto à garantia da efetivação desse direito.

Notamos, nas disposições internacionais, que a liberdade da família no que concerne à escolha da instrução que será recebida por seus filhos é relevante, mas, em momento algum, há referência expressa à possibilidade de ensino domiciliar, pelo contrário aparece a instituição escolar, em destaque, como instrumento de preparação para a cidadania.

Passamos, adiante, à análise do direito à educação nas normas brasileiras constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal de 1988 aloca a educação como um direito social primordial, inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Assim dispõe o artigo 6º:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Conforme se observa, o direito à educação recebe certa relevância no rol dos direitos sociais, tanto que vem de forma expressa em primeiro lugar. Adiante, no Título VIII - Da Ordem Social, no Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto, na Seção I - Da Educação, temos uma regulamentação e especificação do direito à educação.

Nas palavras de Silva (2007), considerar a educação um direito de todos e dever do Estado, importa elevar a educação ao patamar de serviço público essencial, cabendo ao Poder Público possibilitar o pleno acesso a todos. Existe, assim, “a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213)” (SILVA, 2007, p. 838).

A despeito do art. 6º da CRFB/1988 (BRASIL, 1988), a educação foi objeto de regulamentação detalhada do art. 205 ao art. 214 da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o artigo 205 disciplina que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, contando com a colaboração de toda a sociedade, e tendo como objetivo principal o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

Como podemos observar, trata-se de uma norma programática e impositiva, de eficácia limitada, a qual “apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação” (SARLET, 2014, p. 348).

O artigo 206, por sua vez, destaca a educação formal, por meio da palavra ensino e apresenta os princípios, de plena eficácia, que devem reger essa modalidade de educação.

Diferentemente do que ocorrera nos textos constitucionais anteriores, percebemos uma preocupação com a educação formal ministrada nas instituições escolares e tal premissa é ratificada principalmente no artigo 208, o qual especifica o dever do Estado com a educação, velando pela educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos e disciplinando a competência do Poder Público para recensear os educandos no ensino fundamental e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Por fim, o artigo 214, texto de eficácia limitada com conteúdo programático, dispõe que a lei ordinária estabelecerá o Plano Nacional de Educação, com duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diferentes níveis (BRASIL, 1988).

Conforme depreendemos da análise do texto constitucional, em que pese direcionar a responsabilidade da promoção do direito à educação tanto ao Estado quanto à família, não houve previsão expressa da competência da família, mas tão somente do Estado, como se verificou no artigo 208 da CF/88,

fazendo breve menção à família no que se refere ao zelo quanto à frequência escolar, nos termos do § 3º (BRASIL, 1988).

No que se refere à legislação infraconstitucional, salientamos os seguintes diplomas: Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Consoante o art. 246 do Código Penal (BRASIL, 1940), a conduta típica se refere a deixar de prover a instrução primária do filho em idade escolar. Destarte, praticará o crime omissivo aquele que, tendo o dever legal de prover a instrução do filho, não diligenciar para que o menor tenha a instrução adequada em escolas públicas ou particulares, enquanto em idade escolar. Salientamos que a expressão “idade escolar” denota a obrigatoriedade da frequência à escola, ou seja, denota a idade, definida na legislação ordinária, para que a criança passe a frequentar uma instituição de ensino

Cumpramos salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança o indivíduo com até doze anos incompletos e adolescente o indivíduo entre doze e dezoito anos incompletos, nos termos do art. 2º (BRASIL, 1990a). Com essas referências, considerando a criança e o adolescente como pessoas em processo de desenvolvimento, o ECA, como é comumente chamado o Estatuto da Criança e do Adolescente, cria um sistema de proteção para esses indivíduos e declara expressamente em seu art. 3º que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem distinção de qualquer natureza.

Já o artigo 53 da mesma lei traz de forma inequívoca o direito à educação como pressuposto para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes.

Em seu artigo 54, o ECA reafirma os direitos e princípios determinados na Constituição a respeito do dever do Estado no que se refere à educação. E mais uma vez, a frequência à escola reaparece como uma obrigatoriedade e os artigos 55 e 56 corroboram a mesma disposição.

Nessa seara, o artigo 129, V, reitera a obrigação dos pais ou do responsável de efetuarem a matrícula dos filhos ou pupilos na escola: “são medidas aplicáveis aos pais ou responsável: [...] V- obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar [...]” (BRASIL, 1990a).

Portanto, conforme observamos, o ECA (BRASIL, 1990a), além de prever a matrícula compulsória das crianças e adolescentes em uma unidade escolar, o faz como forma de garantir o pleno desenvolvimento desses sujeitos de direito e até mesmo como forma de salvaguardá-los das arbitrariedades e abusos das famílias. Isso porque, “fora dos limites e preconceitos familiares, a educação – e apenas ela – proporciona ao aluno uma busca constante do amadurecimento de sua cidadania” (VIEIRA, 2011, p. 131).

Por fim, uma lei que merece destaque é a Lei n. 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), a qual disciplina a educação escolar de modo geral.

Assim como preceitua o art. 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a lei em comento confirma que a educação é direito de todos e dever da família e que os sistemas de ensino deverão articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola. A frequência à escola também aparece como obrigatoriedade nos artigos 5º e 6º.

6 A FUNÇÃO DA ESCOLA

Cabendo aos pais o dever de educar seus filhos para a convivência social, chegamos à conclusão de que uma das formas de preparar as crianças e os adolescentes para essa convivência é a inclusão destes na escola. Nela, além de receber a educação formal, os filhos terão contato com diversas formas de democratização do indivíduo e de preparação para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado de trabalho.

O viés socializante da escola insere as crianças e os adolescentes em um espaço público de convivência com pessoas na mesma fase ou em diferentes fases de desenvolvimento. O contato com a alteridade é elemento crucial para a solução de conflitos existenciais e sociais e para o desenvolvimento da dimensão da tolerância e respeito mútuos.

Na escola, a criança e o adolescente, sob os cuidados de profissionais capacitados, encontram seu lugar no mundo e a estima social pode ser desenvolvida por atos próprios e em ambiente imparcial, pois, se o estudante é ensinado no seio do lar, sob os cuidados daqueles que os amam, esse desenvolvimento resará prejudicado, já que aplicar-se-ia o aforismo: “aos olhos dos pais os filhos são perfeitos”.

A despeito da estima social, os profissionais da educação também têm o dever legal de dar assistência, comunicando às autoridades competentes, nos casos de qualquer tipo de negligência, abusos e agressões contra crianças e adolescentes por parte da família. Nesse sentido, a função da escola também pode ser a de pôr os filhos a salvo dos pais.

Nesse sentido, a escola é muito mais do que o ambiente em que se reproduzem conteúdos. Ela é o ambiente mais adequado para a preparação dos aspectos sociais dos indivíduos e para a garantia e promoção dos fundamentos, dos objetivos e dos princípios da República Federativa do Brasil. Afinal de contas, como efetivar uma sociedade livre, justa, solidária, em defesa da paz, livre de pobreza e preconceito, se os pais puderem educar seus filhos em casa, conforme suas próprias convicções, sem acesso a discursos divergentes? Parece-nos que o ensino domiciliar poderia resultar em uma espécie de “retrocesso social”, com o desenvolvimento de uma cultura voltada para o egoísmo, a indiferença e a intolerância.

7 CONCLUSÃO

Salientamos, à título de conclusão, que a educação, direito fundamental e social do homem, caracteriza-se como um dever do Estado e da família, amparado pela sociedade, em que cada um exerce papel diferenciado nesse processo, mas de extrema importância.

Por meio das incursões teóricas, constatamos que as formas de garantir o direito à educação têm evoluído, mas ainda carece de maior atenção das políticas públicas e de todos os profissionais que com ele se relacionam, a fim de que ocupe o espaço que lhe é devido: um espaço prioritário para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Verificamos que os discursos dos defensores do ensino domiciliar não podem prosperar, pois dissonantes do que propõe a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. A legislação infraconstitucional, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da matrícula e frequência escolar. A Constituição Federal, de forma alguma, é omissa em relação à matéria, atribuindo a competência de recensear e zelar, junto aos pais, pela frequência escolar ao Poder Público, conforme expusemos anteriormente.

Considerando que, nesta pesquisa, preferimos dividir a educação em educação formal e informal, aduzimos que cabe ao Estado a prestação da educação formal, que se desenvolve em ambientes próprios – as escolas – acessível a todos os cidadãos, sendo regida por princípios e fundamentos constitucionais, com o intuito de fortalecer a democracia e preservar a ordem social. Por outro lado, a educação informal desenvolve-se, principalmente, no ambiente doméstico, cabendo aos pais, além da guarda e do sustento material, a preparação dos filhos para a futura inserção e convívio social.

Na nova ordem constitucional e social, a família configura-se como instituição responsável pelo desenvolvimento sadio de seus membros, principalmente das crianças e dos adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direito e dignidade. Não havendo hierarquização de seus membros, o núcleo familiar deve reconhecer que não pode renunciar a direitos que pertencem, de forma personalíssima, a seus filhos, como ocorre com o direito de frequentar uma escola próxima de sua residência.

Nesse sentido, os pais têm direitos e deveres sobre os filhos, todavia esses direitos não são absolutos, porque cabe ao Estado impor certas limitações, a fim de garantir e preservar o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente; garantir que se tornarão cidadãos atuantes e capazes de conviver em uma sociedade plural.

Nesse diapasão, a educação que se desenvolve na escola atua, de forma incisiva, na construção dos ideais de cidadania, que se baseiam no respeito às diferenças, na valorização dos mecanismos democráticos, no fomento à autonomia e independência e na promoção da paz. O ensino domiciliar, portanto, não cumpre a função socializadora da escola, como afirmam seus defensores.

Por todo o exposto, a conclusão lógica a que se chega é que o *homeschooling*, ou ensino domiciliar, atualmente, não está autorizado pelo ordenamento jurídico e nem alteração legislativa poderia modificar tal panorama, já que essa modalidade de ensino não se amolda aos princípios constitucionais vigentes.

Logo, atingindo o objetivo geral e ratificando a hipótese aventada para o presente trabalho monográfico, afirmamos que o ensino domiciliar não pode ser reconhecido como uma opção instrumental aos pais diante do dever de educação que lhes é atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, esperamos ter contribuído na contemplação de um tema contemporâneo eivado de múltiplas controvérsias. Desde o início, ousamos escrever sem nos propor a encontrar soluções práticas para o problema de pesquisa, mas a proposta foi a de problematizar, fazer pensar o que nos parecia tão natural.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Manoel Moraes de Oliveira Neto. **Quem tem medo do homeschooling?:** o fenômeno no Brasil e no mundo. Brasília: Câmara dos Deputados, Consultoria Legislativa, 2016.

ANDRADE, Édison Prado de. **Educação domiciliar:** encontrando o Direito. Pro-Posições [online]. 2017, vol.28, n.2, pp.172-192. ISSN 1980-6248. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010373072017000200172&script=sci_abstract&lng=pt> Acesso em: 12 jul. 2018.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Filosofia da educação.** 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR – ANED. **Fundamentos da educação domiciliar:** conceito, características, histórico. Belo Horizonte: ANED, 2012.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Ensino em casa no Brasil:** um desafio à escola? Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07082013-134418/pt-br.php>>. Acesso em: 11 jul. 2018

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm> Acesso em: 05 jul. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 jul. 2018.

_____. **Convenção sobre os Direitos das Crianças de 20 de novembro de 1989.** (Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990). 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 07 jul. de 2018.

_____. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.** Dispõe sobre Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei PL 4657/1994, de 16 de junho de 1994.** Cria o ensino domiciliar de primeiro grau. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223311>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 07 de jul. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei PL 3179/2012, de 08 de fevereiro de 2012.** Acrescenta parágrafo ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534328>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 888815 do Rio Grande do Sul.** Relator: Min. Luiz Roberto Barroso. Brasília, DF, 15 de maio de 2015. 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei PL 3261/2015, de 08 de outubro de 2015.** 2015c. Autoriza o ensino domiciliar na educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio para os menores de 18 (dezoito) anos, altera dispositivos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2017117>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado PLS 490/2017.** 2017a. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131857>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno.** Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017b.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei PL 10185, de 09 de maio de 2018.** 2018a. Altera a Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174364>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado PLS 28/2018.** 2018b. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever que a educação domiciliar não caracteriza o crime de abandono intelectual. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132151>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da práxis**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

LEONEL, Vilson; MARCOMIM, Ivana. **Projetos de pesquisa social**: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2015.

LIBÂNEO, José Carlos. **Pedagogia e pedagogos para quê?** 9. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Antônio César da; WEIDUSCHAT, Íris; TAFNER, José. **Metodologia do trabalho acadêmico**. 2. ed. Indaial: Asselvi, 2007.

VIEIRA, Gláucia Maria Pinto. **Limitação à autonomia privada parental na educação dos filhos**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. 176f. Belo Horizonte, 2011. VIEIRA, André de Holanda Padilha. **Escola? Não obrigado**: um retrato do *homeschooling* no Brasil. Monografia (Graduação em Ciências Sociais). Universidade de Brasília. Brasília, 2012. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

O COMPLIANCE E O DIREITO PREVENTIVO

COMPLIANCE AND PREVENTIVE LAW

Claudio Joel Brito Lóssio¹

Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos²

Resumo: A instrumentalização contratual é uma grande ferramenta para prevenção em litígios nas empresas. Os contratos tratados pelo trabalho de Compliance Judicial apresentam caráter bilateral. O Compliance é a busca pela conformidade, o cumprimento da lei e das políticas internas de cada instituição. O programa de Compliance busca estabelecer alguns processos visando o cumprimento da legislação dentro das instituições, seja esta pública ou privada. O Trabalho de Compliance é um programa bastante incentivado pelos governos. A efetivação do Trabalho de Compliance é através do instrumento de Contrato, devidamente assinado, entendidos e treinados. A conformidade empresarial, principalmente no setor de Tecnologia da Informação combate a corrupção. O trabalho para buscar combater a corrupção e fraude foca não só nas instituições públicas, mas também não empresas privadas e em consequência disso, o trabalho de conformidade jurídico. A prevenção através do Trabalho de Compliance é um papel também do Gestor, assim poderá fazer com que seja evitado tanto o processo judicial, quanto o extrajudicial.

Palavras-Chave: Gestão de Contratos. Compliance. Direito Empresarial. Prevenção.

Abstract: *Contractual instrumentation is a great tool for prevention in litigation in companies. The contracts treated by the Judicial Compliance work are bilateral. Compliance is the search for compliance, compliance with the law and internal policies of each institution. The Compliance program seeks to establish some processes aimed at compliance with legislation within the institutions, whether public or private. Compliance work is a program strongly encouraged by governments. The effectiveness of the Compliance Work is through the Contract instrument, duly signed, understood and trained. Business compliance, especially in the Information Technology sector, fights corruption. The work to seek to combat corruption and fraud focuses not only on public institutions, but also non-private companies and consequently, legal compliance work. Prevention through Compliance Work is also a role for the Manager, so it can avoid both judicial and extrajudicial proceedings.*

Keywords: *Contract Management. Compliance. Business Law. Prevention.*

1 Doutorando e mestrando em Ciências Jurídicas pela UAL - Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal (2017-); mestrando em Engenharia de Segurança Informática pelo IPBEJA - Instituto Politécnico de Beja - Portugal (2018-); pós-graduado em Direito Digital & Compliance pela Damásio Educacional (2017-2018), pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela URCA - Universidade Regional do Cariri (2016-2018), pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional (2017-2018), pós-graduado MBA Executive em Gestão de TI pela FACEAR - Faculdade Educacional Araucária (2017-2018). Pós-graduando em Engenharia de Software pela PUC-MG (2018-); Certificado DPO - Data Protector Officer pela Universidade de Nebrija - Madrid - Espanha (2018); Certificação DevOps; Certificação Scrum; Advogado, Palestrante. Professor. Email: claudiojoel@juscibernetica.com.br

2 Ph.D. Advogado. Diretor Titular Adjunto do Departamento Jurídico da FIESP. Conselheiro Estadual eleito da OAB/SP (2013/2018). Presidente da Comissão de Direito Digital e Compliance da OAB/SP. Mestre em Direito na Sociedade da Informação e certificação internacional da "The High Technology Crime Investigation Association (HTCIA)". Doutor em Direito com certificado internacional em Direito Digital pela Caldwell Community College and Technical Institute. Professor e coordenador nacional do programa de pós-graduação em Direito Digital e Compliance da Faculdade Damásio. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da USP/PECE, Fundação Instituto de Administração, Univeridade Mackenzie, Escola Fazendária do Governo do Estado de São Paulo Fazesp, Acadepol-SP, EMAG e outras. Desde 2005 ocupa o cargo de juiz do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Professor convidado do curso superior de Polícia da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Professor da Escola Nacional dos Delegados de Polícia Federal - EADELTA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo buscar investigar como a instrumentalização dos contratos poderão contribuir para o Trabalho de Compliance no âmbito empresarial, e diante dessa aplicação promover uma prevenção jurídica. Mas como os contratos poderão contribuir com o Trabalho de Compliance nas empresas?

No decorrer deste artigo será apresentado a segurança jurídica empresarial diante da instrumentalização dos contratos promovidos pelo Trabalho de conformidade. O direito é uma ciência humana que está presente na relação dos seres humanos em buscando de regular cada fato praticado por tais. Esta regulação pode ser percebida conforme abordado por Jean-Jacques Rousseau, através do contratualismo proposto em sua obra, “O Contrato Social”. O contrato social de Rousseau versa que para permitir a proteção do mais fraco diante do mais forte existe um contrato, e este promoverá uma relação de interesses mútuos como um acordo de paz nesta sociedade.

O segundo capítulo será direcionado para apresentação breve acerca de contrato. O contrato é um acordo entre partes com alguma finalidade, e para todo tipo de negócio jurídico, há a necessidade de uma relação contratual, um acordo entre as partes, e para esse negócio jurídico ter validade é necessário que siga alguns requisitos legais e necessários, onde a ausência dos quais poderá ocasionar a nulidade deste.

Adiante, no terceiro e quarto capítulos serão apresentados o que é o Compliance, assim como o que é o trabalho de conformidade, quem deve ser submetido a este trabalho como por exemplo, funcionários, proprietários, fornecedores, etc. A imperiosa importância de entendimento acerca da personalidade jurídica individual de cada pessoa em relação aos atos previstos possíveis dentro da relação contratual. Assim como qual é o perfil do profissional do Compliance que está voltado ao jurídico. Como funciona a aplicação do trabalho de Compliance e como esse pode ser envolvido pelos contratos físicos.

É diante do Trabalho de Compliance, fazendo com que relações contratuais funcionem conforme a lei para ambos, fazendo assim com que não haja espaço para corrupção pessoal para ambas as partes, assim a aplicação deste trabalho preventivo poderá fazer com que tanto uma ação judicial como o método alternativo para resolução de litígios sejam evitados. Assim a advocacia preventiva pode se mostrar bem mais eficiente diante das demais, visto que surge com a tentativa de se evitar futuros litígios.

No desenvolvimento desta escrita foram utilizados os seguintes métodos de abordagem: dedutivo e dialético. E no que se refere ao procedimento, os métodos adotados serão: estudo de caso e comparativo. As técnicas de pesquisa utilizadas para confecção da dissertação serão a bibliográfica e documental. Assim como o tipo de pesquisa a cunho qualitativo visto que ser o único cabido diante da subjetividade proporcionada pela temática.

Cabe ressaltar que algumas das pesquisas serão feitas com o auxílio da internet para se obter acesso documentos e livros eletrônicos os quais não possam ser adquiridos de forma física e/ou direta.

A seguir, iniciaremos a apresentar de maneira sucinta e mister os procedimentos judiciais, extrajudiciais, como também o preventivo que faz parte do objeto de estudo desta escrita, visto que para promover tal prevenção é necessário a aplicação pelo instrumento de contrato, o trabalho de conformidade em instituições públicas ou privadas.

2 CONTRATOS

Os contratos tratados pelo trabalho de Compliance Judicial apresentam caráter bilateral, ou seja, ao mesmo tempo que imprime direito sobre os indivíduos também imprime obrigações.

Em um primeiro exemplo, ao tratar os contratos bilaterais entre trabalhadores e empresa, ou servidores e instituições pública por exemplo, não implica que serão acordados algo que violem direitos que devem ser indisponíveis, mas sim que será apresentado contratualmente os direitos e deveres de cada parte diante do contrato de trabalho, analisando exatamente cada parte, assim como a personalidade jurídica individual de cada componente da empresa ou instituição e detalhar contratualmente.

Em mais um exemplo, quando se trata uma propriedade intelectual, em sua licença não é diferente, porém, como há a necessidade de atualizações e manutenção, essa relação de obrigações se torna ainda mais forte, devendo ser compactuado cada detalhe inerente a licença ou cessão. (FURTADO; FURTADO, 2004).

Com a finalidade de promover uma maior cognição, vejamos mais um caso, diante do contrato de compra e venda (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), que é um contrato bem simples de ser entendido, basicamente as partes se obrigam a cumprir aquilo que é acordado, uma oferecendo o produto a ser vendido, e a outra pagando a parte acertada por esse produto, ou seja, é um contrato bilateral onde da as partes um direito e ao mesmo tempo na mesma medida uma obrigação.

Um pequeno detalhe que vale não só para o contrato de compra e venda, mas para todos os contratos é que as partes devem ser dotadas dos requisitos de capacidade e legitimidade, e ainda assim não terem suas vontades viciadas por qualquer meio que venha tornar tal negócio jurídico nulo.

Para o contrato ter validade, é necessário que alguns prerequisites seja seguido, no Brasil, deve-se seguir o Artigo 104 do Código Civil, já traz ordenadamente esses: assim sendo necessário que o agente seja capaz, o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e por último tenha forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002).

3 COMPLIANCE

O termo Compliance vem da palavra *Comply*, de origem inglesa, que significa "agir de acordo com as regras" (LIRA, 2013), buscando assim a conformidade, o cumprimento da lei e das políticas internas de cada instituição. A explicar de forma resumida, o programa de Compliance busca estabelecer alguns processos visando o cumprimento da legislação dentro das instituições, seja esta pública ou privada. Dessa forma, o Trabalho de Compliance é um programa bastante incentivado pelos governos, tendo em vista que, a partir dele a fiscalização da legislação se dará de forma mais efetiva, já que será acompanhada no próprio âmbito empresarial.

Além da prevenção, o Compliance também busca identificar irregularidades e trata-las da forma mais eficaz possível, a analisar assim cada ponto de vulnerabilidade que possa gerar corrupção dentro de uma instituição. Entretanto, é necessário entender que mesmo havendo um trabalho de Compliance eficiente, não é totalmente garantido que o objetivo seja alcançado, visto que inclusive a personalidade individual de cada indivíduo que compõe o corpo de funcionários ou servidores de uma instituição deve ser analisado. (MENDES; CARVALHO, 2017).

O ponto fundamental a respeito do trabalho de Compliance é que não existe uma receita para se atingir o sucesso, pois as técnicas para o trabalho de conformidade não são genéricas, para tanto, aplicar tal programa é necessário de uma análise específica do negócio, para que, dessa forma, a aplicação seja adequada e eficiente. (MENDES; CARVALHO, 2017).

A seguir veremos como o programa de conformidade através do Trabalho de Compliance poderá estar presente no âmbito jurídico em instituições seja tanto no âmbito público quanto no privado.

3.1 COMPLIANCE JURÍDICO

O termo Compliance Jurídico é um sinônimo do programa de Compliance, visto que o trabalho de Compliance é a busca da conformidade das leis, e das políticas internas da empresa, assim promovendo a manutenção legal da instituição perante a justiça. Então a própria aplicação do trabalho de Compliance de forma efetiva já fará como que a instituição esteja o mais próximo da conformidade legal possível.

Como já foi dito anteriormente, não existe um modelo específico para se aplicar em toda e qualquer empresa. Para uma boa aplicação de Compliance é necessária uma avaliação específica de cada empresa na qual será aplicado o programa. Um dos principais problemas, é a falta de comunicação que existe entre o combate a corrupção e o combate aos problemas de natureza concorrencial, tendo em vista que em grande parte das situações existe uma relação entre eles, um trabalho que relacione os dois funcionaria de forma mais eficaz. (MENDES; CARVALHO, 2017).

Assim, não só a elaboração contratual proporcionará a eficácia em tal programa, sendo necessário promover o treinamento, gerando assim uma maior comunicação inter partes assim como uma preparação das pessoas, independente do cargo.

3.2 A PERSONALIDADE JURÍDICA INDIVIDUAL

Para que exista o Compliance, é necessário a existência dos contratos físicos, e para existência de tais instrumentos contratuais é necessário um acordo não viciado das partes, existindo assim o negócio jurídico em conformidade.

O negócio jurídico tem como ideia a autonomia da vontade (TELES, 2010), e dentro do conceito do Compliance Jurídico deve respeitar também a personalidade jurídica individual de cada parte, passando assim por uma análise íntima de cada parte contratual, dentro de uma perspectiva da visão de cada um. Dificilmente existirá um contrato perfeito, mas deverá ser buscado com o máximo de previsibilidade possível, evitando o máximo de incertezas.

Uma atitude que uma parte acredite ser uma violação de intimidade, para a outra parte pode ser uma atitude comum. Em um exemplo claro, imaginemos que ao passar em um corredor apertado, uma pessoa coloque, sem intensão alguma em assédio, a mão na cintura de outra pessoa, para evitar um maior contato físico, ao passar. Para alguns, essa atitude será normal, para outros tal atitude pode ser um ato de violação.

O que são bons costumes para um pode não ser para outros, visto que uma simples mudança de crença pode gerar um novo conceito acerca dos bons costumes, visto que o Artigo 122 do Código Civil Brasileiro versa que deve respeitar os bons costumes:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. (Grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Diante do exposto acima, a análise da personalidade jurídica individual de cada um é de suma importância para ser previsto contratualmente através do Compliance Jurídico. A elaboração contratual é um trabalho minucioso, já o trabalho de Compliance Jurídico deve ser mais criterioso ainda, visto que deverá estar em conformidade com as leis, com as políticas internas da empresa (por exemplo), quanto mais com a personalidade jurídica de cada indivíduo, visto que qualquer alteração da vida do indivíduo poderá alterar mesmo que sensivelmente a personalidade jurídica individual de cada um.

3.3 O PROFISSIONAL DO COMPLIANCE

O profissional do Compliance diante da advocacia preventiva, deverá ser um Advogado, visto que este deverá estar pronto para interpretar as leis, deverá possuir conhecimento de gestão diante da atividade de que este estiver prestando o serviço. (LIRA, 2013).

O conhecimento na atividade em particular é de extrema importância visto que diante de tal, o profissional conseguirá proporcionar maior eficiência e confiabilidade nas decisões e na aplicabilidade de tal programa.

Assim o profissional de Compliance necessita ter um conhecimento além do jurídica para se obter o máximo de sucesso possível na aplicação do programa de Compliance, sendo este um advogado, gestor e entusiasta na atividade da instituição que receberá o benefício de tal programa.

3.4 TRABALHO DE COMPLIANCE

Falando pelo viés laboral, os contratos *Inter partis* é de forte importância para o programa de Compliance, na verdade o contrato é o instrumento que proporcionará que o trabalho de Compliance exista, visto que sem este é instrumento físico de formalização de tais acordos.

Veja nesse seguinte exemplo: no caso de uma empresa estar a enfrentar problemas com seus funcionários, a solução do impasse pode ser a elaboração de políticas internas, debatido com todos os envolvidos e que irá disciplinar os comportamentos admitidos e esperados tanto pela empresa quanto de seus funcionários, evitando conflitos entre as partes. (OAB, 2011).

A falta de regras claras referente por exemplo:

- adiantamentos,
- tolerância a atraso,
- comportamento no ambiente de trabalho,
- uniforme e código de vestimenta.

Assim a formalização em contrato de tais regras como também o treinamento e explicação de cada tópico contratual é de suma importância para a eficácia de tal trabalho de conformidade, e em consequência deste ato, ocorrerá uma redução no número de litígios dentro desta empresa visto que os funcionários deverão estar cientes do que realmente não poderão questionar judicialmente. (GRILLO, 2016).

A União Europeia, através da Comissão Europeia (2014) possui vários programas para combater a corrupção, para, com eles, proteger os cidadãos europeus e o seu dinheiro. Nesta luta, o papel do Organismo Europeu de Luta Antifraude é fundamental. Para tal combate, o trabalho em busca da conformidade jurídica é fundamental para se atingir a finalidade positiva.

O trabalho para buscar combater a corrupção e fraude foca não só nas instituições públicas, mas também não empresas privadas e em consequência disso, o trabalho de conformidade jurídico, se não for a maior, é uma das principais ferramentas de combate, visto que se a empresa está em conformidade de instituições financeiras, fornecedores, funcionários e seus clientes, esta está o mais próximo de não ser uma empresa envolvida tanto em corrupção quanto em fraudes. A seguir faremos as considerações finais acerca do objeto de estudo nesta escrita.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer dessa escrita foi percebido que a prevenção empresarial é de fundamental importância, e esta qualidade será o que estará presente em todas as empresas que desejarem segurança. A prevenção seja em qual área se busque é melhor que a repressão através de um processo judicial, ou até mesmo, do que uma negociação através por exemplo de um tribunal arbitral.

O êxito desta prevenção está diretamente ligado a aplicação do trabalho de Compliance para que através deste a instituição seja pública ou privada atinja o máximo de conformidade legal, estando assim dentro o direito, e assim fechando brechas para ilegalidade, e assim impossibilitando que a justiça seja provocada contra si.

A base de aplicação do trabalho de Compliance Jurídico é contratual inter partes. Através destes contratos deve ser analisado cada detalhe inclusive a personalidade jurídica individual de cada componente, seja o proprietário da empresa, seja o funcionário por exemplo, no caso de uma empresa privada. O contrato deve seguir os prerrequisitos legais para que o trabalho não se torne nulo, ou anulável e para tanto, não pode contar vício algum e deve contar detalhes acerca da personalidade jurídica de cada um.

O profissional de Compliance Jurídico deve possuir um vasto conhecimento na seara contratual do direito e ainda assim possuir um conhecimento específico na área que está prestando o seu serviço de conformidade, pois apenas assim, com a união e o relacionamento do conhecimento em áreas distintas é que o trabalho de conformidade poderá chegar o mais próximo do êxito.

Foi percebido que o trabalho de conformidade é um meio, e não uma finalidade vista que não depende exclusivamente da aplicação de contratos por um profissional, olhando pela perspectiva de uma empresa privada, depende de um todo, internamente do proprietário aos funcionários, e externamente, dos fornecedores, clientes, ou seja de toda e qualquer pessoa ou empresa que esteja diretamente envolvida com o local que estiver passando pelo trabalho de Compliance.

Diante da aplicação deste trabalho, o envolvimento de todos para que funcione a conformidade, esta ferramenta se torna o principal meio de combate a corrupção. A União Europeia busca sempre inserir a necessidade da conformidade em suas legislações, visto que o combate a corrupção na EU é muito forte.

É mister lembrar que o trabalho de Compliance, independente no local a ser aplicado, é um labor minucioso e detalhista que busca promover o maior grau possível de conformidade, seja no âmbito jurídico, seja na segurança da informação, seja em uma linha de produção, contudo é muito difícil de se atingir a conformidade em uma totalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406/2002, de 10 de janeiro. **Código Civil Brasileiro**. [Consult. em: 13 dez. 2017]. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-norma-atualizada-pl.doc>>. Acessado em: 13 jun. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção**. 2017. Disponível em: <<http://www.norte2020.pt/sites/default/files/public/uploads/documentos/LutaFraude.pdf>>. Acessado em: 13 jun. 2018.

FURTADO, Wilsom; FURTADO, Cristine Schreiter. **Dos contratos e Obrigações**: de Software. São Paulo: Iglu, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos em Espécie**, 4 Tomo II. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRILLO, Brenno. **Advocacia deverá evitar demandas, não propô-las, afirma ministro Barroso**. Et al. Consultoria Jurídica. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-12/advocacia-de-vera-evitar-demandas-nao-propo-las-barroso>>. Acessado em: 13 jun. 2018.

LIRA, Michael Pereira de. **O que é Compliance e como o profissional da área deve atuar?** 2013. Disponível em: <<https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>>. Acessado em: 13 jun. 2018.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. **Compliance: Concorrência e combate a corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

OAB São Paulo. **Paradiretor da Universidade de Lisboa, Lei sobre Cibercrimes tem de ser mais Preventiva do que Repressiva**. 2011. Disponível em: <<https://oab-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2809060/para-diretor-da-universidade-de-lisboa-lei-sobre-cibercrimes-tem-de-ser-mais-preventiva-do-que-repressiva>>. Acessado em: 13 jun. 2018.

TELES, Inocencio Galvão. **Manual de contratos em geral**. 4.ed. Lisboa: Coimbra, 2010

AS LIBERDADES CIVIS E A INTERNET

THE CIVIL LIBERTIES AND THE INTERNET

Ana Cláudia Sousa de Campos¹

Resumo: O Marco Civil² da Internet foi aprovado em 2014³, onde veio a estabelecer regras de direitos e deveres aos usuários da rede, passando a ter como fundamentos legais o respeito à liberdade de expressão, aos direitos humanos, dentre outros princípios. Podemos afirmar então, que o Marco Civil é uma espécie de “Constituição da Internet”, visando à regulamentação, através de uma “carta de princípios”, dos direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais e sites, das prestadoras de serviço, como também do Estado. Esta regulamentação trata-se, portanto, de uma institucionalização burocrática sobre o que é certo e o que é errado no mundo virtual, e, os pontos que foram discutidos nesse projeto gerou inúmeros debates durante a sua tramitação, pois se referiram à liberdade, à privacidade e à neutralidade da rede. De certo, que, os dados pessoais, como às liberdades, devem ser protegidos para garantir o respeito pela dignidade e privacidade individuais, e, serem tratados de acordo com os princípios da necessidade, finalidade, relevância e proporcionalidade, e, só podem ser coletados e processados com o consentimento da pessoa em questão. A Internet não deveria estar sujeita a um maior controle regulatório do que os meios de comunicação tradicionais, será?

Palavras-chaves: Constituição da Internet. Internet. Liberdade de expressão.

Abstract: *The Civil Internet Framework was approved in 2014, where it established rules of rights and duties for users of the Internet, with respect to freedom of expression and human rights, among other principles. We can therefore affirm that the Civil Code is a kind of “Internet Constitution”, aiming to regulate, through a “letter of principles”, the rights and duties of internet users, portals and websites, service providers, but also of the State. This regulation is, therefore, a bureaucratic institutionalization of what is right and what is wrong in the virtual world, and the points that were discussed in this project generated many debates during its process, since they referred to the freedom, the privacy and network neutrality. Of course, personal data, such as freedoms, should be protected to ensure respect for individual dignity and privacy, and be treated in accordance with the principles of necessity, purpose, relevance and proportionality, and can only be collected and processed with the consent of the person concerned. The Internet should not be subject to greater regulatory control than traditional media, will it?*

Keywords: *Internet Constitution. Internet. Expression and human rights.*

1 Advogada. Mestre em Direito. Atua nas áreas do Agronegócio. Securitário Tributário

2 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm

3 Marco Civil da Internet, evento de abertura (29/10/09). Evento de abertura da primeira fase do processo de consulta pública sobre o Marco Civil da Internet, realizado no dia 29 de outubro de 2009, na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. O Marco Civil é uma iniciativa do Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria de Assuntos Legislativos, com participação do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. – Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/marco-civil-da-internet-evento-de-abertura-291009> - acesso feito em: 11/09/2018.

1 AS LIBERDADES CIVIS E A INTERNET

No mundo onde todos estão conectados à Internet, aspectos com relação a privacidade, segurança e governança foram resumidos em uma dimensão intangível, virtualmente invisível, difícil de entender e difícil de navegar.

Hoje os dados estão sendo acessados e explorados de todas as maneiras imagináveis, podemos dar como exemplos: os governos estão usando ataques de malware e DOS para alcançar uma agenda política, como também, os governos estão usando filtros para censurar e monitorar o tráfego da Internet para vigilância.

As empresas de publicidade estão usando cookies⁴ de rastreamento para acompanhar sua atividade na Internet. Criminosos estão usando falsificações de solicitação entre sites, scripts entre sites e ataques de phishing⁵ para cometer fraudes, utilizam-se de trojans para sequestrar o tráfego e ter acesso ao seu computador, como também estão usando o ransomware⁶ para ganhar dinheiro bloqueando dados importantes, dentre outras coisas.

Veio, então, o Marco Civil uma espécie de “Constituição da Internet”, visando à regulamentação, através de uma “carta de princípios”, dos direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais e sites, das prestadoras de serviço, como também do Estado. Esta regulamentação trata-se, portanto, de uma institucionalização burocrática sobre o que é certo e o que é errado no mundo virtual, e, os pontos que foram discutidos nesse projeto gerou inúmeros debates durante a sua tramitação, pois se referiram à liberdade, à privacidade e à neutralidade da rede.

O princípio da neutralidade⁷ da Internet deve ser considerado um pré-requisito essencial para o exercício efetivo das liberdades na era digital, sendo que, como no contexto da explosão da utilização de dados pessoais, os legisladores terão que reforçar a proteção dos direitos fundamentais na utilização destes dados para fins industriais e comerciais, e o controle por indivíduos de suas informações pessoais.

Rodotà nos explica que:

Vivemos num tempo em que as questões relacionadas à proteção de dados pessoais se caracterizam por uma abordagem marcadamente contraditória – de fato, uma verdadeira esquizofrenia social, política e institucional. Tem-se aumentado a consciência da importância da proteção de dados no que se refere não só à proteção das vidas privadas dos indivíduos, mas a sua própria liberdade⁸.

Bobbio⁹ também argumenta, que: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

4 Cookies de rastreamento, são pequenos arquivos de texto que são colocados no disco rígido do seu computador quando você navega determinados sites. Disponível em: <<http://ptcomputador.com/Pergunta/pc-support/190596.html>>. Acesso em: 11 set. 2018.

5 Phishing é uma maneira desonesta que cibercriminosos usam para enganar você a revelar informações pessoais, como senhas ou cartão de crédito, CPF e número de contas bancárias. Eles fazem isso enviando e-mails falsos ou direcionando você a websites falsos. Disponível em: <<https://www.avast.com/pt-br/c-phishing>>. Acesso em: 11 set. 2018.

6 Ransomware é um tipo de código malicioso que torna inacessíveis os dados armazenados em um equipamento, geralmente usando criptografia, e que exige pagamento de resgate (ransom) para restabelecer o acesso ao usuário. O pagamento do resgate geralmente é feito via bitcoins. Disponível em: <<https://cartilha.cert.br/ransomware/>>. Acesso em: 11 set. 2018.

7 A Internet não sendo nem uma coisa nem um território, pode-se dizer que a “Internet” é um atalho, para interações humanas, sendo que a rede se investe de esperança trazendo uma ideia de ser um lugar de liberdade de expressão e troca de conhecimento, impulsionado por um ideal de inteligência coletiva. – Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/entenda-o-que-e-neutralidade-de-rede-e-como-e-o-seu-funcionamento-no-brasil>>. Acesso em: 07 set. 2018.

8 RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 13.

9 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Elsevier. 2004, p. 01.

Dito isso, não se pode negar que a Internet, tornou-se uma tecnologia indispensável para o desenvolvimento econômico, social e cultural de nossas sociedades democráticas, bem como, também deve ser considerado como um bem comum que não pode ser apropriado em benefício de algumas pessoas públicas ou privadas em detrimento de outros, ou seja, deve permanecer a serviço do povo.

Insta salientar, que o direito de acesso à Internet é hoje um direito fundamental que facilita o exercício de outros direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade de expressão, o direito de informar e de ser informado, a liberdade de empreender e inovar, a liberdade de associação.

A Constituição Federal no seu art.5º, inciso IX, dispõe sobre: a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, bem como no art. 21 do Código Civil assevera que: “a vida privada da pessoa natural é inviolável e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma”.

O Marco Civil da Internet, no art.3º, I, reproduziu essas mesmas normas ao prescrever que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como um dos princípios a “I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal”, bem como o art.8º, ao dispor que “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

Nesse trilhar, observamos que a Internet é vivida como um lugar de liberdade individual, onde o cidadão é livre para se comunicar, compartilhar, produzir e distribuir suas criações, para replicar, transformar, no entanto, a Internet também é uma forma de criar riqueza, o que implica na proteção da propriedade e da economia de mercado, através de regulamentação, lei e até mesmo a coação, para assegurar o gozo da liberdade.

Podemos verificar duas visões da Internet:

- a) uma visão humanista, e
- b) uma visão pragmática baseada no interesse econômico.

Essas duas visões coexistem e exigem um espaço público liberal e ao mesmo tempo autoritário. Eles estão entrelaçados e podem levar a demandas regulatórias diferentes. A internet tornou-se uma ferramenta de expressão chave, que dá às pessoas a oportunidade de se comunicar com um público global, e abriu novos caminhos para a reflexão e o diálogo, pois a internet não conhece fronteiras.

Tentativas há de regular o conteúdo on-line, seja de governos, empresas privadas ou indivíduos, e, com isso enfrentam-se inúmeros desafios, pois a internet é uma parte essencial da democracia moderna e há um grande compromisso com a liberdade de expressão.

No entanto, verifica-se que a possibilidade de anonimato na internet, também pode dar a chance de ouvir àqueles que tradicionalmente são marginalizados ou silenciados. Fato é que, há um grande desafio de garantir a regulamentação da Internet para preservar a liberdade de expressão e privacidade na evolução da Internet.

De outra ponta, há dúvidas sobre o anonimato e a privacidade on-line. As poucas tentativas do governo brasileiro de responder à atividade criminal on-line, particularmente por meio de esforços de monitoramento e controle, representam uma ameaça significativa à liberdade de expressão e à privacidade

Embora no Brasil¹⁰ se tenha uma Internet relativamente aberta, até o momento, as restrições à liberdade de expressão on-line podem assumir diferentes formas. Algumas leis que restringem a liberdade de expressão são aplicáveis on-line, podendo incluir aquelas contra discursos de ódio ou obscenidades, bem como leis de difamação.

10 O Brasil fechou 2016 com 116 milhões de pessoas conectadas à internet, o equivalente a 64,7% da população com idade acima de 10 anos. As informações são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad C), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Também, a vigilância do governo com relação a mídia social gera sérias preocupações sobre liberdade de expressão, perfis raciais, religiosos e privacidade. Surge uma questão importante: Como é feita essa coleta de dados pelo governo?

Insta salientar, que as plataformas de mídia social são a praça pública da modernidade, diferente de qualquer outra que já existiu, nunca mais nosso discurso se concentrará nos mesmos lugares, onde é frequentemente acessível em todo o mundo. No geral, a mídia social é um arquivo atualizado de nosso discurso on-line, um mapa de nossos contatos e associações e um guia diferenciado de nossos hábitos e preferências.

De igual modo, há um grande interesse nas políticas e protocolos de privacidade de atores privados, que agora decidem em grande parte o conteúdo disponível para os usuários. A privacidade na internet e o direito à livre expressão online estão intimamente ligados.

Enquanto a efetividade do direito à internet ainda depende da superação de alguns obstáculos, como: a garantia do acesso, outros problemas emergem, a exemplo da ampliação da presença de discursos violadores de direitos na rede.

Os princípios estabelecidos pela nossa Carta Magna, como, a soberania do povo, a defesa das liberdades individuais, a separação e o equilíbrio de poderes, não podem nunca serem violados. Daí percebe-se que há identidade entre a Sociedade da Informação e a nossa Constituição Federal – art 5º e principalmente no que tange aos direitos difusos e coletivos – art 129, III da CF.¹¹

À medida que a Internet se torna cada vez mais profundamente enraizada no cotidiano dos indivíduos, os Estados ao redor do mundo têm procurado regulá-la apresentando-a como uma zona de ilegalidade, conducente a todos os excessos criminosos.

Em uma base regular, a Internet está experimentando crises de crescimento que revelam o relacionamento complexo que tem com os Estados, e frequentemente se refere aos textos-chave da história do liberalismo no qual a rede procura defender sua autonomia.

Fato é que, mesmo que haja uma vigilância, e, esta seja feita com sabedoria, a mera possibilidade do mau uso dessas infra-estruturas de espionagem, acaba por desafiar, e, de certa forma conseguir abarcar as formas arcaicas de poder, que as exercem com base no sigilo.

Portanto, não se trata apenas de violações de privacidade, mas o estabelecimento de um sistema de vigilância clandestino, no qual acarreta um risco de derivação em direção ao poder executivo arbitrário e representa uma enorme dívida para o futuro democrático de um país.

Nessa perspectiva, embora existam soluções técnicas para restaurar o equilíbrio entre os cidadãos-usuários e as autoridades, tais como: infraestruturas descentralizadas; criptografia ponto-a-ponto e uso de software livre. A magnitude do problema pressiona a colocar a questão em um nível tanto político como também jurídico, pois, de certo, que há muita dificuldade de aplicar a lei, onde a Internet e as redes digitais atuam, sem esquecer que, frequentemente ocorrem questões do direito internacional privado.

A conformidade dessas tecnologias com os princípios que regem a vida coletiva e que estão expressos por lei, requer urgentemente um novo tipo de diálogo, combinando um conhecimento preciso das questões técnicas com um debate sobre as implicações em termos de valores.

De certo que ter iniciativas no âmbito de lei sobre tecnologia digital e tratar-se de imaginar soluções para os desafios vertiginosos que estão por vir e ainda, debater democraticamente possíveis revisões do quadro jurídico que protege os direitos fundamentais no novo contexto nascido da onipresença da Internet, são questões que voltam às inspirações iniciais do liberalismo político, os limites que é necessário fixar ao poder soberano para garantir “o governo da liberdade”.

11 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015. p 15.

Devemos determinar e entender melhor o que é internet, ela não é apenas uma tecnologia, permitindo que os computadores em todo o mundo interajam, e, nem é um novo meio simples, porém, sofisticado que a nossa antiga TV. A Internet não sendo nem uma coisa nem um território, pode-se dizer que é um atalho, para interações humanas trazendo uma ideia de ser um lugar de liberdade de expressão e troca de conhecimento, impulsionado por um ideal de inteligência coletiva.

Estamos realmente testemunhando, graças ao protocolo de internet (IP – Internet Protocol ou o acrônimo IP¹²), a criação de um novo espaço de sociabilidade humana, em todo o mundo, acessível por computador, TV ou celular, no qual indivíduos ou empresas podem praticamente fazer tudo.

Insta salientar, que o mundo virtual não é uma duplicação do nosso mundo real. No aspecto digital, se os atores são os mesmos do mundo real, novos usos e comportamentos são criados. Alguns até falam em “civilização digital”. Portanto, não é de surpreender que a questão do direito surge de uma maneira inovadora neste universo.

Podemos perceber que a Internet acaba por perturbar a abordagem da lei, levando a um novo modo de produção normativa e nos força a rever nossos métodos de regulação, também questiona nossos conceitos legais fundamentais, da propriedade, como também da liberdade.

No mundo real, a situação é relativamente simples, o Estado é o dono da lei e a regulamentação estatal é amplamente necessária. Há ainda, inúmeras questões de cooperação internacional entre os Estados, como: justiça, terrorismo, finanças, no entanto, em geral, o mundo real é normatizado por um direito de Estado e origem nacional.

A Internet veio mudar essa situação e substituir esse tipo de estrutura de uso por normatividade de natureza mais complexa, negociada entre atores públicos e privados, e, deve-se notar que os regulamentos de origem Estatal encontram seus limites no mundo digital.

De certa forma, frequentemente, não são tanto os princípios da lei que permanecem válidos, quanto sua aplicabilidade efetiva em um universo internacional, muito volátil e descentralizado, em que o conteúdo ilegal pode se espalhar de usuário para usuário quase que um viral.

A regulação de origem Estatal é construída como uma norma objetiva, e os indivíduos têm a real capacidade de desafiar uma regra que eles não aceitem. No entanto, a mudança é importante, e, devemos medir a instabilidade do padrão que pode resultar dessa mudança, pois é o grau de aceitabilidade que condiciona sua eficácia.

Além disso, os habitantes do mundo digital reivindicam “soluções especiais”, uma ação coletiva específica, ou seja, um lugar na produção de padrões. De fato, se eles podem usar redes para desafiar ou mesmo ignorar um regime legal, os atores privados também têm uma contribuição mais positiva para a normatividade do mundo digital. Eles próprios podem ser criadores de padrões eficazes e legítimos.

Essa situação não é nova, o mundo dos pesquisadores e acadêmicos desenvolveu desde muito cedo um corpo de regras, para governar suas trocas e, embora não escritas, essas regras são uma referência indiscutível para muitos usos. Lembrando que quando necessário, as empresas, também, tradicionalmente desenvolveram códigos de conduta ou ética para esclarecer suas obrigações legais ou substituí-las.

Os setores de vendas à distância e marketing direto são bons exemplos, nos últimos anos, essas regras profissionais foram revisadas para adaptá-las às especificidades do mundo digital, e essas práticas, reunidas sob o termo de auto regulação, são particularmente eficazes porque complementam as regras gerais do direito por uma granularidade mais fina e ajustável.

¹²O IP (Internet Protocol) é o principal protocolo de comunicação da Internet. Ele é o responsável por endereçar e encaminhar os pacotes que trafegam pela rede mundial de computadores. Pacotes são os blocos de informações enviados na Internet e podem ser considerados como as cartas enviadas pelo serviço de correios. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/05/o-que-e-ip.html>>. Acesso em: 10 set. 2018.

Ressalta-se que, com a democratização da Internet e, especialmente, com o desenvolvimento da web participativa, essa dimensão de regras autogeradas por uma comunidade de usuários é reforçada, e, por um lado, essas comunidades estão se internacionalizando e questionando a capacidade de um Estado de garantir aos seus nacionais a proteção a que têm direito em seu território nacional.

Pode-se analisar um novo tipo de imperialismo de Estado, sendo que as empresas são os instrumentos de um Estado querendo impor ao planeta seus direitos internos. Também podemos pensar que a Internet prefigura uma nova relação entre empresas e Estados em termos do status das pessoas, empresas se posicionando como atores mais relevantes para promover padrões globais e defender o estabelecimento desses padrões globais de privacidade e fazer propostas nesse sentido.

No entanto, é importante estar extremamente vigilante sobre os saldos que resultarão, e atentos a ruptura que a Internet cria, que é essa comunitarização das regras onde é feita no nível dos próprios indivíduos e não apenas por iniciativa de grandes empresas internacionais.

Podemos nos perguntar: até que ponto o mundo digital provoca uma mudança na normatividade? Pode-se perceber que a autoridade do Estado de direito é abalada por uma capacidade de fuga e uma resistência sem precedentes em benefício do indivíduo.

A produção de regras que muitas vezes são muito eficazes e legítimas se complica por conta da dimensão internacional e os Estados estão lutando de maneira subjacente, e, tudo isso, acontece a uma velocidade sem precedentes, e, com uma transformação quase contínua da morfologia e usos da rede.

Portanto, se quisermos manter uma meta de regulação em um universo desse tipo, ou seja, garantir que as regras sejam conhecidas, compreendidas e respeitadas por todos, devemos mudar nossa abordagem e substituí-las desse controle do regulamento estatal clássico, dando uma resposta mais relevante e rápida. Trata-se de construir parcerias entre atores públicos e privados para que cada um deles possam assumir parte da carga regulatória, ou seja, possam promover parte da regulamentação.

Responder à inovação da Internet através da construção de uma nova ferramenta que pudesse apoiar a democratização do mundo digital e garantir que esse espaço se desenvolvesse em uma estrutura respeitosa dos direitos e liberdades de cada ator, é o papel dos Estados em um universo desse tipo. Os Estados mantêm seu status privilegiado para definir as regras do jogo e as parcerias que são necessárias com o setor privado ou indivíduos.

A resposta é indubitavelmente a mudança de seus modos de intervenção, em vez de uma intervenção direta, cujos limites são medidos, o poder público deve ter cada vez mais um papel “ambiental”, estabelecer lugares, processos de trabalho, permitindo que as partes interessadas se encontrem, discutam seus objetivos e criem consenso e soluções comuns, e, deve encontrar um novo modo de intervenção que poderá ser descrito como “sustentável”.

As inúmeras discussões que há sobre questões metodológicas, podem nos levar a pensar, que as especificidades do mundo digital e as diferentes relações que as redes induzem entre os atores públicos e privados, não terão efeito sobre a substância das questões.

Embora não contente em impor inovações metodológicas, o mundo digital também nos obriga a repensar nossos conceitos, ou melhor, a verificar sua relevância, as dificuldades encontradas nos últimos anos por titulares de direitos e autoridades públicas no domínio da proteção dos direitos de autor no mundo digital não devem ser analisadas como meras vicissitudes na aplicação das regras tradicionais do direito numa novo universo.

Estamos testemunhando um profundo debate que se realiza sobre a legitimidade desses direitos e várias formas de disputa surgem, desde críticas radicais até o uso de “direitos autorais¹³ versus propriedade intelectual¹⁴” para propor um sistema mais apropriado para o mundo digital.

Encontrar um meio de resistência contra uma indústria cultural que deseja monopolizar o produto da criatividade de autores e intérpretes, e, em muitos casos, essa posição é consistente com a ideia de que a cultura deve ser acessível a todos, e, livre, e que o mercado é um fator que empobrece a diversidade cultural, é de certa forma, também a ideia de que a cultura não deve ser controlada por atores privados e que qualquer abordagem de apropriação ou controle da circulação da propriedade cultural é ilegítima.

Muitas vezes, nesse discurso ideológico, há uma confusão entre a informação e o trabalho. Esta identificação do trabalho com a informação leva a considerar que a informação é livre e o trabalho também deve ser. A propriedade intelectual deve, portanto, ser rejeitada como uma espoliação da comunidade em benefício dos agentes econômicos.

A Internet, como podemos ver, está, portanto, no centro de um questionamento sobre vários conceitos fundamentais, como: direito à liberdade, a liberdade de consciência (pensamento), a liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de associação e reunião, o direito à privacidade, o direito de possuir propriedade. De fato, a internet tornou-se mais um canal de expressão pessoal, onde os interessados no novo espaço de relações sociais buscam naturalmente “concretizar” sua presença nesse novo universo para se tornarem residentes.

Para alguns, isso se traduz na criação de um “eu” digitalizado, enquanto para outros é mais ou menos um modo de fantasia que venha preencher a rede. Se alguém está descrevendo a si mesmo para existir ou inventando uma ou mais personalidades, em última instância não é essencial. O importante, parece ser a mudança que isso acarreta para o indivíduo que cada vez mais vê a fronteira entre o privado e o público esmaecer.

A nosso ver, alguns concluem que a privacidade não existe mais, já outros entendem que cabe ao indivíduo definir seus contornos e que não pode haver um único padrão para todos, o que é certo, é que a identidade digital está, portanto, se tornando a verdadeira questão da liberdade digital. Desde o início, a Internet e a lei criaram relações conflitantes e contraditórias entre os seus usuários, e parece que estamos vivenciando a morte do “certo”.

Indubitavelmente, os legisladores terão de reforçar a proteção dos direitos fundamentais na utilização destes dados para fins industriais, comerciais, e o controle por indivíduos de suas informações pessoais, como também, garantir o direito à autodeterminação informacional, onde, seja permitido que cada indivíduo decida como comunicar seus dados e manter o controle de seu uso, a fim de se desenvolver livremente no mundo digital.

Os dados pessoais devem ser protegidos para garantir o respeito pela dignidade e privacidade indi-

13 O direito autoral é voltado à criação artística, científica, musical, literária, entre outras. Ele protege obras literárias (escritas ou orais), musicais, artísticas, científicas, obras de escultura, pintura e fotografia, bem como o direito das empresas de radiofusão e cinematográficas. Pelo direito de exclusividade, o autor é o único que pode explorar sua obra, gozar dos benefícios morais e econômicos resultantes dela ou ceder os direitos de exploração a terceiros. O plágio (cópia indevida) é proibido e passível de punição – o artigo 184 do Código Penal prevê a pena de três meses a um ano, ou multa, a quem violar o direito autoral. Se houver intuito de lucro direto ou indireto sem autorização expressa do autor, artista intérprete ou executante, ou do produtor, conforme o caso, a pena aumenta para reclusão de dois a quatro anos, e multa.

14 A propriedade industrial é o ramo da propriedade intelectual que resguarda as criações intelectuais voltadas às atividades industriais, abrangendo, por exemplo, o autor de determinado processo, invenção, modelo, desenho ou produto, também chamado de obras utilitárias, que são protegidas por meio de patentes e registros. Outra função da propriedade industrial é reprimir a concorrência desleal. Além da Lei da Propriedade Industrial, o direito é submetido aos atos e resoluções do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, responsável pelo aperfeiçoamento, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria. – Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83832-cnj-servico-o-que-e-direito-autoral-e-propriedade-industrial>>. Acesso em: 10 set. 2018.

viduais, e, assim, tratados de acordo com os princípios da necessidade, finalidade, relevância e proporcionalidade, e, só podem ser coletados e processados com o consentimento informado da pessoa em questão.

De certo, que o debate sobre a legitimidade da limitação da liberdade de expressão é vital para o futuro dos direitos e promessas fundamentais das liberdades que a Internet oferece. No entanto, um consenso continua difícil de ser alcançado e várias são as questões que emergem na era digital.

2 CONCLUSÃO

O universo que acabei de descrever não é facilmente decifrável. Questiona nossos padrões espaço-temporais e questiona o equilíbrio de poderes e responsabilidades entre Estados, empresas e indivíduos, visto que vivemos numa sociedade de transição, onde tudo acontece de forma instantânea.

Fato, que a Internet transformou radicalmente o modo de informação e comunicação, no entanto, infelizmente, também pode ser usada para cometer inúmeros crimes. Logo se vê, que a lei, está no centro das questões políticas, econômicas e de governança em nossas sociedades contemporâneas. Acontece que a nossa geração tem a oportunidade de viver esta transformação fundamental no âmbito digital, mas se pode temer alguns efeitos.

Por um lado, nos apresenta uma oportunidade única para redefinir o modo de funcionamento e, mais amplamente, a fundação de nossa humanidade, e, de outra ponta precisamos aprender a nos comportar, ou mesmo aprender a utilizar essa ferramenta tão poderosa em benefício da humanidade.

As novas tecnologias estão tornando mais fácil para os governos e corporações aprenderem as minúcias de nossas atividades on-line. As corporações coletam nossas informações para vender ao maior lance, enquanto um aparato de vigilância em expansão e leis de privacidade desatualizadas permitem que o governo nos monitore como nunca aconteceu antes.

Com nossas vidas cada vez mais se movendo on-line, essas invasões têm implicações devastadoras para o nosso direito à privacidade.

No entanto, mais do que apenas a privacidade é ameaçada, tudo o que dizemos, em todos os lugares que vamos, e todos os que nos associamos, estão sendo vigiados, seja por governos ou por corporações, é de causar arrepios, pois a liberdade de expressão e a livre associação, acaba por serem enfraquecidas em uma mídia livre.

Lembrando que a Liberdade de expressão não pode ser considerada absoluta, deve certamente conter limites, mas não deve ser transgredido sem uma base sólida, de modo a não criar um precedente que possa congelar qualquer debate sobre o tema, ou asfixiar as trocas de opinião pública que enriquecem as redes sociais.

Por fim, deve-se moldar a Internet para garantir um ambiente seguro e aberto onde a liberdade de expressão, liberdade de reunião e de associação, a diversidade, a cultura e a educação possam prosperar.

REFERÊNCIAS

AVAST. Disponível em: <<https://www.avast.com/pt-br/c-phishing>>. Acesso em: 11 set.2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**, Nicola Matteucci e Gianfranco, Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho: apresentação de Celso Lafer. Nova editora. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DE JUSTIFICA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83832-cnj-servico-o-que-e-direito-autoral-e-propriedade-industrial>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

COMPUTADOR. Disponível em: <<http://ptcomputador.com/Pergunta/pc-support/190596.html>>. Acesso em: 11 set. 2018.

CARTILHA. Disponível em: <<https://cartilha.cert.br/ransomware/>>. Acesso em: 11 set. 2018.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2012/11/o-que-e-viral>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

_____. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/entenda-o-que-e-neutralidade-de-rede-e-como-e-o-seu-funcionamento-no-brasil>>. Acesso em: 07 set. 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios Constitucionais do Direito da Sociedade da Informação**: a tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

GLOBO. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 10 set. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E SUA APLICAÇÃO AO INQUÉRITO POLICIAL

THE SUBSTANTIAL (SIGNIFICANT) DUE LEGAL PROCESS AND ITS APPLICATION TO THE POLICE INQUIRY

André Luiz Bermudez Pereira¹

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade estudar a relação do mais tradicional instrumento de investigação criminal, o Inquérito Policial, com a cláusula do devido processo legal substancial. O Código de Processo Penal brasileiro disciplinou a investigação preliminar do artigo 4º ao artigo 23, conferindo inúmeras características ao referido procedimento extrajudicial. Todavia, importante destacar que, à exceção do parágrafo único do art. 20 do citado diploma normativo, os dispositivos citados não foram alterados desde a edição do Decreto Lei que instituiu o Código de Processo Penal, ou seja, sem alteração desde 03 de outubro 1941. Assim, faz-se necessário revisitar os dispositivos supramencionados a fim de proceder à filtragem constitucional, mormente em face do princípio do devido processo legal substancial, trazendo à discussão elementos tradicionalmente elencados pela doutrina, sob a ótica de um processo penal democrático.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Devido processo legal substancial. Inquérito Policial. Investigação Criminal.

Abstract: *The present paper aims to study the relationship of the most traditional instrument of criminal investigation, the Police Inquiry, with the clause of the substantial (significant) due legal process. The Brazilian Code of Criminal Procedure, regulated the preliminary investigation of the 4th article to the article 23, attributing innumerous characteristics to the referred extrajudicial procedure. However, it is important to highlight that, except for the sole paragraph of art. 20 of the referred regulatory document, the mentioned measures were not altered since the issuing of the Law Decree that established the Code of Criminal Procedure, in other words, with no changes since October 3rd 1941. Thus, it is necessary to revisit the measures aforementioned in order to proceed to constitutional screening, above all, in the face of the substantial (significant) due legal process, bringing in the discussion elements traditionally listed by the doctrine, through the scope of a democratic criminal procedure.*

Keywords: *Constitutionalism. Substantial (Significant) due legal process. Police Inquiry. Criminal Investigation.*

¹ Mestre em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-graduado em Ciências Criminais pela UNIDERP. Graduado Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Coordenador Pedagógico da Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Professor de Sistema de Segurança Pública e Processo Penal Aplicado na Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina. Delegado de Polícia.

1 INTRODUÇÃO

Os meios de comunicação diuturnamente noticiam grandes operações policiais com ares proféticos, promovendo uma antecipação de culpa dos investigados. Tanto a mídia nacional – com espaços cada vez mais amplos em telejornais sobre operações policiais –, quanto nos jornais impressos locais, noticiam com empolgação as últimas informações referentes à segurança pública – inclusive estimulados pelos próprios órgãos policiais que, não raras vezes, encaminham resumos diários sobre prisões e operações policiais para divulgação.

Nesse contexto, a sociedade passa a participar ativamente do desenvolvimento dessa atividade estatal, acompanhando de perto os desdobramentos das operações policiais e cobrando firmeza no cumprimento da lei. Se por um lado a transparência do processo de investigação é salutar e democrática, pois possibilita a fiscalização da sociedade sobre o trabalho da Polícia Judiciária, por outro aspecto há prejuízo ao desenrolar da atividade investigatória e até mesmo à imagem do investigado – que poderá ser absolvido após o moroso processo judicial – oportunidade em que, via de regra, não há mais interesse midiático no caso em razão da perda da “novidade”.

A atuação dos órgãos de investigação criminal tem ganhado destaque nos últimos anos, inclusive com a discussão no âmbito da doutrina processual penal – vez que o ponto referido sempre foi relegado a segundo plano pelos doutrinadores, dando ares de desimportância à fase extrajudicial. Ocorre que o jogo virou, e a investigação criminal passou a ser o centro dos modernos debates jurídicos, com discussões que caminham desde a autoridade legítima a conduzir a investigação criminal à força probatória dos elementos colhidos em fase preliminar.

Assim, diante do relevo do ponto, mormente em face das consequências sociais e jurídicas da investigação criminal, imprescindível revisitarmos as características e institutos do principal instrumento de investigação criminal brasileiro, qual seja, o Inquérito Policial – procedimento que subsidia a imensa maioria das ações penais no Brasil.

Ocorre, contudo, que tal retomada deve ser trabalhada sob a égide do estado democrático de direito, com a devida filtragem constitucional das características do procedimento policial, notadamente em face da cláusula referente ao *due process of law*, conforme entendimento da Suprema Corte nos autos do HC n. 94.016-SP com relatoria do Ministro Celso de Mello.

Isto posto, o presente estudo pretende tecer um paralelo entre o estado democrático de direito e um instrumento procedimental que tem sua base legal em um documento de 1941, mas que pode ser aplicado sem prejuízo se entendido democraticamente, com a devida filtragem constitucional – apresentando-se como um meio capaz de garantir a colheita de provas da materialidade e indícios de autoria, sem se apresentar como um instrumento autoritário. A gestão do inquérito policial de maneira democrática é possível.

2 CONSTITUCIONALISMO E FILTRAGEM CONSTITUCIONAL

2.1 DO JUSNATURALISMO AO DIREITO NATURAL: UMA VOLTA AO PONTO DE PARTIDA?

Jusnaturalismo é a expressão utilizada para indicar o movimento jurídico filosófico fulcrado no entendimento de que o ideal de justiça baseia-se, fundamentalmente, em direitos que são naturais a todo o ser humano, tais como o direito à vida ou à liberdade.

A relação do direito natural é bem explicitada por Michel Villey ao estudar a obra de São Tomás de Aquino:

É por isso que, em se tratando do homem, o conhecimento de sua natureza tem um interesse prático: tendo sido postulado que o bem, para o homem, é seguir sua natureza, o estudo da natureza humana resulta na constituição de uma moral. É a moral natural da Antiguidade, que são Tomás encontrou codificada em Aristóteles, mas, mais ainda nas doutrinas dos estoicos, e sobretudo no *De officiis* de Cícero que é uma de suas fontes principais.²

Tal concepção se deu em razão do reflexo de movimentos sociais responsáveis por alterar a concepção de poder do Estado no século XVII que passou a ser entendido como um contrato social.

Jean-Jacques Rousseau, ao tratar do contrato social, adverte:

As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; de sorte que, conquanto jamais tenham sido formalmente enunciadas, são as mesmas em todas as partes, em todas as partes tacitamente admitidas e reconhecidas, até que, violado o pacto social, reentra cada qual em seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual ele aqui renunciou.³

Para Hobbes, o Estado surge de um pacto que os indivíduos assumem entre si, com o propósito de alcançar a segurança da sua vida pela sujeição comum a um único poder.⁴

Bobbio bem indica:

O estado da natureza descrito por Hobbes é também aquele em que cada um vive por sua conta, e precisa cuidar da própria defesa, pelo que termina numa guerra de todos contra todos. O mesmo acontece com o estado natural descrito por Rousseau na Exposição sobre a Origem da Desigualdade entre os Homens, em que o homem primitivo, identificado como o "bom selvagem", leva uma vida simples, rudimentar, em contato, não com os seus semelhantes, mas só com a natureza.⁵

Streck⁶ assevera que a perspectiva que surge da escola do jusnaturalismo contratualista é fundamental para entender a trajetória adotada pelo Estado Moderno e sua estrutura institucional.

Nesse sentido, leciona o autor:

A concepção orgânica contrapõe-se à ideia contratualista vendo a sociedade como "natural" ao homem. Nesta, por outro lado, a Sociedade/Estado é vista como uma criação artificial da razão humana através do consenso, acordo tácito ou expresso entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos [...] Fim do Estado Natural e o início do Estado Social e Político.⁷

Desta feita, destaca-se que a corrente filosófica ora discutida sustenta a existência de direitos que são naturais de todo o ser humano. Ocorre, todavia, que os preceitos são vagos, gerando insegurança jurídica acerca de qual a regra aplicar e quais os limites de atuação do indivíduo e do Estado.

2 VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 142.

3 ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso e: 03 de maio de 2017.

4 BOBBIO, Norberto. Teoria das Formas de Governo. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 111.

5 Idem.

6 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzande. Ciência Política e Teoria do Estado. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 29.

7 Idem.

A passagem do Estado de natureza para o Estado Civil aproxima a necessidade de positivação de normas a ser seguidas pelos membros da sociedade. O positivismo como corrente filosófica surgiu na França no começo do século XIX, ganhando força na Europa na segunda metade do referido século e início do século XX. Tal movimento destacou-se principalmente em razão da necessidade de limitação do poder absoluto do rei.

Note-se, pois, que a positivação do direito não afasta os direitos presentes no estado da natureza.

Nesse sentido, Bobbio:

Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens [1576, I, 8].⁸

Assim, percebe-se a relação próxima entre o positivismo jurídico e a necessidade de limitar o poder estatal, o que ensejou o imperativo de criação de normas para limitar o poder do governante.

No contexto apresentado, Zagrebelsky afirma que o surgimento das constituições pode se dar de maneira impositiva ou mesmo por coordenação:

La constitución como imposición implica una división entre dominante y dominado; presupone históricamente un acontecimiento histórico de dos partes, una de las cuales prevalece sobre la otra; se hace necesaria como conclusión de un período de guerra civil, real o virtual. La parte vencedora, entonces, "manda" su orden, impone su constitución. Si no ES así, si La cuestión no ES un arreglo de cuentas entre enemigos, sino una coordinación entre amigos, La constitución asume un carácter Del todo distinto, de recíproco reconocimiento e implicación.⁹

Ao tratar dos objetivos ou fins das constituições, Martínez, bem ensina:

El imperio de la Ley como exigencia constitucional, servirá para limitar a todos los poderes, incluido el poder de los propios individuos, porque además de la idea de pacto social que supone limitación del poder de cada uno para crear el poder político.¹⁰

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, ao dissertar sobre a legalidade e o direito positivo, assevera que "apenas na afirmação da *legalidade* e do *direito positivo* a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominante".¹¹

Ainda, Zagrebelsky (2006, p. 32-33) bem assevera:

De acuerdo con las premisas del derecho constitucional condificado em um texto - La constitución escrita -, La relación con La historia constitucional es de total separación, por lo que hace a su respectiva naturaleza: racional y voluntaria la del primero, arracional (si no irracional) e involuntaria, o "natural", la segunda. Por lo que respecta a La función práctica de La constitución, ésta consiste exactamente em La extinción de las fuerzas autónomas de La historia constitucional y em su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de la historia constitucional y em su reducción a objetos de una mecánica política objetiva. La improvisación de La historia - ésta es la aspiración de los constituyentes - cede entonces frente a la planificación de la constitución, entendida como el guión obligatorio para los actores que, a partir de entonces, no pueden ya improvisar sino que deben recitar su objeto.¹²

8 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política. p. 23.

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Madrid: Trotta, 2006, p. 83.

10 PECES-BARBA, Gregorio. Diez lecciones sobre ética, poder y derecho. Madrid: Dykinson, 2010, p. 99.

11 GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 22.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. 2006, p. 32-33.

A escola positivista conferiu ao Direito a segurança jurídica que se propunha. Ocorre, todavia, que o positivismo jurídico passou a se distanciar dos conceitos principiológicos do jusnaturalismo, descaracterizando sua atuação, vez que a norma deixou de ter conteúdo axiológico. Nessa senda Peces-Barba indica a necessidade de correção do positivismo:

Estamos desde la idea del Derecho como cultura, em uma superación de los iusnaturalismos y del positivismo clásico, em uma cultura que podemos llamar de positivismo corregido entendido como um positivismo aberto a contenidos de ética pública variables e indeterminados, que no podemos determinar a priori, pero que sí podemos identificar a los que nos parecen preferibles. Estamos em la justicia del Derecho, la ética pública jurídica.¹³

Nesta senda, a aplicação do “positivismo corrigido” avançou de sobremaneira, alçando os princípios à categoria de normas, com força vinculante e obrigatória. Trata-se, pois, do movimento chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.

Assim, a doutrina passou a diferenciar regras e princípios, estabelecendo critérios de aplicação. Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios está no fato de que aquelas suscitam apenas problemas de validade, enquanto os princípios, além da validade, suscitam ainda a questão da *importância* ou valor¹⁴.

Ainda referente aos ensinamentos de Alexy e Barbosa indica:

Robert Alexy, criticando o positivismo constrói um “constitucionalismo principialista”, na qual as regras e princípios são igualmente normas jurídicas, sendo que aquelas, “comandos definidos”, que têm baixa abstração e alta densidade normativa, enquanto os princípios, “comandos de otimização”, que possuem alta abstração e baixa densidade normativa, atendendo, respectivamente, a fórmulas de subsunção e de ponderação de valores.¹⁵

Desta feita, o interprete passou a ter maior discricionariedade na aplicação do texto legal, pois derivada de um exercício de interpretação tanto da regra quanto do princípio.

Nas palavras de Ferrajoli:

O neoconstitucionalismo, según la expresión más difundida em la actualidad entre los filósofos del derecho - se há dado una lectura predominantemente iusnaturalista, o cuando menos no iuspositivista o post-iuspositivista, em razón de la tesis según la cual, a diferencia del positivismo jurídico, aquél se basaría em la conexión conceptual entre derecho y moral. Para una crítica de esa lectura y para una interpretación iuspositivista del neoconstitucionalismo, cf. las agudas observaciones de T. Mazzarese, “Diritti fondamentali e neoconstituzionalismo: um inventario di problemi” [...] la fortuna de esa lectura se debe, además de a los términos ético-políticos (“valores últimos e imprescindibles de la humanidad”, “derechos humanos” o “naturales”) com los que Suelen formularse los derechos fundamentales em el lenguaje político ordinário, al hecho, trivial y extrínseco, de que los principales estudiosos que han dedicado su atención a la tutela constitucional de los derechos fundamentales - em particular Robert Alexy, Ronald Dworkin y Carlos Nino - son autores de orientación tendencialmente iusnaturalista.¹⁶

De outra banda, destaca-se a posição apresentada por Grau, que critica o uso desmedido de princípios pelos magistrados a fim de embasar seus entendimentos, afastando-se dos preceitos legais.

13 PECES-BARBA, Gregorio. Diez lecciones sobre ética, poder y derecho. 2001, p. 138.

14 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 86.

15 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático. In: ANSELMO, Márcio Adriano. et. al. Investigação Criminal pela Polícia Judiciária. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2016. p. 08.

16 FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. V. 2 Teoría de la democracia. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 71-72.

Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçaram a segurança jurídica quando abusam do uso de 'princípios' e praticam – fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e razoabilidade das leis.¹⁷

Nesse sentido, a atuação do operador do direito diante do texto de lei, interpretando-o à luz dos princípios constitucionais no intuito de garantir máxima efetividade aos direitos e garantias individuais, aproxima-se em muito da ideia jusnaturalista, provocando sua retomada.

2.2 A NECESSÁRIA RELEITURA DE DISPOSITIVOS PROCESSUAIS PENAIS SOB A ÓTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Importante destacar a relação da aplicação principiológica no âmbito do Direito Processual Penal, reafirmando-se a necessidade básica de proteção dos direitos individuais em face ao arbítrio estatal. Nessa senda, levando em conta que o direito processual penal reflete a maior violência estatal em face aos direitos individuais, pois é o ramo do direito que pode subtrair a liberdade de ir e vir do indivíduo, é inegável que a interpretação das regras penais e processuais penais devem ser calcadas em princípios e preceitos constitucionais.

Podemos entender que o processo é o microcosmo do Estado de Direito, devendo ser aquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência¹⁸.

Nesse contexto, é imprescindível que o sistema de persecução criminal seja objeto de uma filtragem constitucional, com o implemento de garantias mínimas, conforme preceitua Rosa:

O modelo de Direito preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, aqui trabalhados dissociados de uma visão essencialista. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Dito de outra forma, em face da supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nelas referidos (CR, art. 5º, §2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (mais fracos ante o poder Estatal)¹⁹.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Ferrajoli:

*Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar satisfacer.*²⁰

Assim, busca-se, pois, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, vedando-se o excesso de poder, respeitando o Estado Democrático de Direito. Contudo, é necessário destacar que o exercício de filtragem constitucional deve seguir as balizas disciplinadas pelo direito posto.

17 GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 20016, p. 24.

18 MARTINS, Rui Cunha. A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo. São Paulo: Atlas, 2013. p.2.

19 ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 5.

20 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías, la Ley del más Débil, Madrid España: Trotta, 1999, p.23-24.

Nesse sentido, Pacelli indica:

Mas, embora seja possível visualizar os princípios constitucionais como verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos, deve-se assinalar, ao menos como referência distintiva em relação às regras jurídicas, uma certa amplitude de suas vinculações normativas. E isso ocorre pela maior abstração de seus comandos, o que torna necessário o estabelecimento de critérios minimamente seguros que possam resolver possíveis e inevitáveis conflitos entre direitos fundamentais. E não há como negar: em tema de Direito Processual Penal, a realização de um direito individual nem sempre se faz sem o tangenciamento de direito alheio²¹.

Isto posto, resta evidente que deve o interprete promover sua atividade primando pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, mas procurando sempre pautar sua atuação com base no texto legal. Nesse sentido, o estudo do processo penal, e mais especificamente do título referente ao inquérito policial, deve ser realizado sempre com viés constitucional, seguindo os preceitos dispostos na carta magna.

3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL: REVISITANDO OS SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

A análise do princípio do devido processo legal passa necessariamente pela necessidade de revisitar o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Insta destacar que tal princípio não se restringe ao encaminhamento processual do Estado referente à apuração de determinado fato para aplicação de restrição de direitos, mas se irradia por diversos outros princípios, tais como o princípio da presunção de inocência ou do contraditório e ampla defesa.

A análise do referido princípio processual pode se dar por um aspecto meramente formal, entendendo-se que o referido instituto processual penal tem por função voltar-se como um comando ao Estado, indicando que um indivíduo somente será processado e a ele imputada pena após cumpridas as formalidades procedimentais pertinentes constantes na lei processual penal, sob pena de nulidade do processo.

Assim, evidencia-se que o processo penal tem caráter instrumental em relação ao direito material. Nesse sentido, Lopes Jr. bem indica que “existe uma íntima e imprescindível relação entre o delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.²²

De outra banda, destaca-se que o devido processo legal não pode ser considerado simplesmente como procedimento estatal para restrição de direitos. Imprescindível entender que o princípio ora estudado não deve ser abordado tão somente sob seu aspecto formal, mas principalmente diante de seu caráter material, substancial.

Nesse sentido, bem indica Nores:

Los principios de reserva y legalidad penal (nullum crimen sine proevia lege) se proyectan sobre la persecución penal, condicionando su iniciación y subsistencia a que se plantee la hipótesis de un hecho que, al momento de su presunta comisión, se encuentre caracterizado como delictivo por la ley

21 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 16. Ed. São Paulo: Atlas. 2012.p. 36.

22 LOES JR. Aury. Direito Processual Penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34.

*sustantiva. Deben funcionar así como una garantía, no ya frente al "momento final" de imposición de la pena en la sentencia, sino frente al inicio de la persecución penal, y durante su desenvolvimiento posterior, erigiéndose en obstáculos insalvables respecto a cualquier investigación sobre una persona que no esté fundada en la supuesta infracción a una norma penal.*²³

Assim, parece evidente que a ideia de que não basta a garantia de acesso ao Judiciário e a necessidade de o Estado respeitar o rito processual indicado em lei, mas é imprescindível que o processo instrumental de apuração de culpa se dê por meios essencialmente justos, proporcionais e razoáveis.

Acerca do ponto, indica Rosa, fazendo menção ao Ministro Luis Roberto Barroso:

Para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo, das intervenções desnecessárias e/ou excessivas. No Processo Penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais.²⁴

Nesse aspecto, o devido processo legal deve ser informado pela defesa do mais débil em face ao aparato estatal de persecução criminal, garantindo ao acusado os direitos fundamentais previstos na carta magna, o que nos direciona à retomada do discurso referente à filtragem constitucional de um diploma processual penal da década de 40.

Souza, em artigo intitulado *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma*, bem indica que “o paradigma garantista se constitui de forma a impor ao Estado a necessidade de desempenho de suas atividades investigatórias para atendimento dos interesses da sociedade, e não do soberano ou no próprio Estado”.²⁵

Imprescindível, pois, é destacar o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado nos autos do Habeas Corpus n. 94.016-SP, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, oportunidade em que a Corte Suprema indicou os elementos essenciais à configuração da cláusula do devido processo legal sob o aspecto substancial:

o exame da cláusula referente ao *due process of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis 'ex post facto'; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial e demais litisconsortes penais passivos, quando existentes²⁶.

23 NORES, José Cafererata. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em El proceso penal argentino*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000. p. 65-66.

24 ROSA, Alexandre M da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.157.

25 SOUZA, Pedro Ivo de. *Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaiás et. al. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 43.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 94.016-SP. Relator: Ministro Celso de Mello.

Isto posto, resta evidente que o sistema de persecução criminal proposto no Código de Processo Penal deve assegurar inúmeras garantias constitucionais ao acusado de infração criminal, mormente no que se refere às prerrogativas elencadas acima pela Suprema Corte Brasileira.

Ocorre, todavia, que o modelo proposto na década de 40 carrega consigo resquícios de sistemas processuais não democráticos, e que merecem ser estudados.

3.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: PRINCÍPIO ACUSATÓRIO E INQUISITÓRIO

A compreensão de um processo penal democrático passa necessariamente pela análise da contrariedade entre o princípio acusatório e o princípio inquisitivo. A evolução histórica do processo penal apresenta fundamentalmente três sistemas, quais sejam, o acusatório, o inquisitivo e o misto.

As características dos sistemas indicados estão estritamente relacionadas ao grau de autoritarismo do estado, se entendendo, como bem assevera Goldschmidt²⁷, que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Tal posição pode ser vista em paralelo no pensamento de Carnelutti, para quem o processo penal afigura-se como a mais alta experiência de civilização.²⁸

Nesse aspecto, cumpre analisar a quem compete o exercício da jurisdição, qual o órgão responsável pela deflagração do processo penal, a quem incumbe o dever de produção probatória, a existência de divisão de funções entre os protagonistas do processo penal (acusar, defender e julgar), a sigiliosidade ou publicidade do feito, a estrutura do procedimento e possibilidade de contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de recursos.

Insta destacar que os modelos existentes são considerados modelos históricos, dificilmente encontrados em um sistema normativo em sua estrutura pura. Assim, podemos entender que o chamado sistema misto mereça ser revisitado, pois em verdade devemos considerar a existência de uma base principiológica -acusatória ou inquisitória - com características pontuais do sistema contrário.

Nesse sentido, importante lição de Rosa:

O Processo Penal estaria situado numa estrutura que possui características diversas e se divide, historicamente, nos sistemas Inquisitório e Acusatório, surgindo contemporaneamente modelos que guardam características de ambos sem que, todavia, possam ser indicados, no que se refere à estrutura, como sistemas mistos. São mistos ou sincréticos por acolherem características de ambos, sedo incongruência lógica eventual de denominação de terceiro gênero.²⁹

Inobstante a tal entendimento, verificaremos os sistemas tradicionalmente elencados pela doutrina.

3.2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório teve origem no direito grego, conferindo ao povo o exercício da acusação e, posteriormente, remontado na república romana, dessa vez conferindo a função a um representante voluntário da coletividade, distinto da figura do julgador³⁰.

Feitosa remonta de forma sucinta o histórico do referido sistema:

27 GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos Del processo penal. Barcelona: Bosch. 1935. p.67.

28 CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Pillares, 2009. p. 22.

29 ROSA, Alexandre M da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2011. p.148-149.

30 LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.152.

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança provada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a idade média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra³¹.

Os principais pontos de destaque se dão pela separação das prerrogativas de acusar, defender e julgar, conferindo tais atuações a diferentes pessoas, bem como pela gestão da prova, que fica adstrita às partes, reforçando o princípio da inércia do julgador. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a prerrogativa de a acusação dar início ao processo, o estabelecimento de debate entre acusação e defesa, o tratamento do acusado como sujeito de direitos e não objeto do processo, a publicidade dos atos processuais praticados, a necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo judiciário, bem como a possibilidade de recursos.

Nesse sentido, assevera Baumann:

La división de los roles de los organos estatales de persecucion penal (el ministerio publico averigua y acusa; el juez juzga) es un fruto del derecho procesal frances. Esta division de los roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que tambien suprime la necesaria posicion de objeto del acusado en el derecho procesal comun. La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el ministerio publico) da mayor libertad a su posicion juridica. Ya no es simple objeto de una inquisitio por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter energicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez. Asi, el rol del juez se aproxima nuevamente, mas o menos, al del "arbitro" del antiguo derecho procesal aleman (¡pero solamente mas o menos! El mismo juez esta sometido de nuevo al principio de instruction)³².

Além das principais características do referido sistema fundamenta-se na atuação passiva do judiciário. Assim, ao juiz não é conferida a possibilidade de produção probatória, tampouco de desencadear o processo crime *ex officio*.

Ocorre que diante de uma crescente necessidade de repressão de delitos no Império Romano, e levando em conta a ausência de um órgão de estado promovendo a acusação (que era, via de regra, realizada por um cidadão do povo com boa oratória e que se utilizava dessa função para galgar espaço no meio político³³) os juízes passaram a invadir as atribuições dos órgãos acusadores, angariando provas e agindo de ofício e, posteriormente, dando a sentença.

3.2.2 SISTEMA INQUISITÓRIO

O nascimento do sistema inquisitório se deu no período de decadência romana, conforme visto acima. Contudo, ganhou destaque no direito canônico no transcurso do século XIII, atrelando-o à Igreja Católica.

O paradigma inquisitório nasce com a transformação da persecução criminal privada em persecução pública, sendo expressão direta do interesse do soberano, uma vez que a persecução era entregue ao soberano para resolver certo conflito instalado, o que na época era feito principalmente sob a influência do Direito Canônico³⁴.

31 FEITOSA, Denilson. Direito Processual Penal. Teria, Crítica e Práxis. Niteroi, Rj: Impetus, 2010. p. 60.

32 BAUMANN, Jurgen. Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Buenos Aires: Depalma. 1986. p. 49-50.

33 SANNINI NETO, Francisco. Inquérito Policial e prisões provisórias: teoria e prática de polícia judiciária, 1ed. São Paulo: Ideias & letras, 2014. p.26-27.

34 SOUSA, Pedro Ivo de. Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma. In: Temas Avançados de Polícia Judiciária. p.9.

O sistema inquisitivo tem como característica principal o protagonismo do juiz, atuando como investigador, acusador e julgador do criminoso. Ademais, o sistema é pautado pelas prisões provisórias, adotando como principal meio de prova a confissão que, via de regra, era extraída por meio de tortura. Nessa senda, o interrogatório não constituía meio de defesa do acusado, mas meio de prova, vez que o réu não era considerado sujeito de direitos, mas objeto do direito – tudo isso na busca da chamada “verdade real”.

A incorporação da ideia de verdade no processo penal consolidou a figura do inquisidor. Isso foi feito não por motivo de virtude, mas sim por uma questão de poder. A tecnologia judicial dos séculos passados não estava apta a “buscar” a verdade, devido a sua incapacidade operativa de citar testemunhas, de reconstruir os fatos sem auxílio de peritos, etc. Nessa senda, o sistema inquisitivo procurou resolver essa brecha tecnológica entregando a indagação da verdade a uma única pessoa, supostamente mais capacitada, supostamente mais imune aos interesses, imbuída de uma alta moral e de uma função quase ou totalmente sacerdotal. Essa pessoa era o inquisidor, isto é, alguém com compromisso pessoal com a verdade. Elementar que no modelo inquisitivo a indagação da verdade era unilateral, carente de diálogo e confiada à decisão do inquisidor.³⁵

No mesmo sentido, Lopes Jr. indica:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema.³⁶

É característica também do sistema inquisitivo a atuação de ofício por parte do julgador, tanto na iniciativa de procedimento quanto na iniciativa probatória, de modo que a gestão da prova fica adstrita ao juiz.

4 O INQUÉRITO POLICIAL SOB A FILTRAGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

O Inquérito policial, como visto, é marcado historicamente pela relação próxima com o arbítrio estatal. No ano de 1964, com o afastamento do então Presidente da República João Goulart, foi instalado no País o regime militar e, o que deveria ser instituído em caráter provisório, arrastou-se por mais de duas décadas, marcadas pela repressão, tortura e censura dos meios de comunicação.

Durante esse hiato não democrático, órgãos policiais se utilizavam de métodos investigativos aflitivos e perseguições políticas, fixando uma imagem de um governo severo e de uma polícia inimiga da sociedade.

Em 1983, com o apoio de diversos políticos, artistas e atletas, eclodiu um movimento denominado “Diretas Já”, que clamava por eleições diretas para o cargo de Presidente da República, o que não se via no País desde 1960.

35 DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p.30.

36 LOPES JR. Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade Garantista). 2016, p. 161.

Diante da inflação demasiada, dívida externa incomensurável, elevado desemprego e um desequilíbrio econômico, os próprios militares passaram a pregar uma transição democrática. Em 1984 houve uma eleição, no entanto, indireta, concorrendo Paulo Maluf do PDS e Tancredo Neves do PMDB, sendo este último eleito. No entanto, devido ao seu falecimento, o vice José Sarney acabou se tornando o primeiro presidente civil depois da Ditadura, fato este que marcou o ano de 1985.

Diante desta viragem de regime político, um novo ordenamento jurídico haveria de ser instituído, sendo convocada uma Assembleia Nacional Constituinte com esse escopo, nos termos da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. De acordo com José Afonso da Silva, essa Emenda seria deveras a destruição daquela Constituição:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [...] Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.³⁷

Após mais de duas décadas sob um regime militar, os trabalhos da Constituinte foram finalizados, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988. De acordo com Lenza³⁸, “era a solidificação da transição entre o antigo regime e a Nova República”.

Para Bobbio:

O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos³⁹.

Isto posto, frente a uma nova sistemática de aplicação do direito, mormente no que se refere à atuação em fase policial diante de uma constituição cidadã, a Polícia Judiciária passou a reformular sua atuação, buscando uma virada democrática para o exercício de seu mister constitucional. Contudo, tal mudança de postura e de cultura policialesca não se fez do dia para a noite, mas passa, ainda, por um processo de alteração de percepção por parte de seus integrantes, conscientizando que não é possível tratar de investigação criminal sem relacionar o instrumento de investigação com as garantias fundamentais do cidadão.

Assim, a releitura do processo penal, e mais especificamente da investigação criminal, à luz da constitucionalização dos direitos humanos é medida essencial para aplicação da justiça.

Nesse sentido, Giacomolli leciona:

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e lingüística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos⁴⁰.

37 SILVA, José Afonso da. A aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 1998.p. 89.

38 LENZA, Pedro. Direito Constitucional. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.p 88.

39 BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade, para uma Teoria Geral da Política. 14. Ed. São Paulo, Editora Paz e Terra S/A, 2007. p. 155.

40 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 13.

Na mesma linha assevera Lopes Jr:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).⁴¹

Em vista do exposto, mostra-se fundamental que a investigação criminal – gérmen da ação penal - deva ser conduzida com cautela, responsabilidade e sob o manto protetor das garantias fundamentais do investigado, possibilitando uma colheita de informações calcadas na legalidade e constitucionalidade. Assim, medida acertada foi a do legislador em conferir a condução da investigação criminal a profissional (Delegado de Polícia) com conhecimento jurídico para tanto, evitando o desrespeito aos preceitos constitucionais⁴², mormente em face de procedimento de natureza inquisitorial disciplinado por um documento normativo da década de 40.

A percepção do principal instrumento de investigação brasileiro à luz do devido processo legal deve pautar-se pela aplicação, pois, do devido processo substancial, trazendo como baliza a posição da corte suprema acerca do tema, explicitada por intermédio do HC n 94.016-SP com relatoria do Exmo Ministro Celso de Mello.

Sendo o inquérito policial, via de regra, a estrutura base da ação penal, propõe-se sua adequação aos preceitos indicados no referido julgado do STF.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário marca o ponto inicial da discussão, e a sua correlação com o procedimento policial se dá de maneira bastante singela. Sendo o processo penal instrumento de colheita de elementos informativos iniciais, serve o referido instrumento como filtro para evitar ações penais infundadas. Ainda, restando claro a inexistência de prova da materialidade ou indícios de autoria, possível ao suspeito a impetração de habeas corpus endereçado ao Poder Judiciário a fim de promover o trancamento da investigação criminal. Resta evidente, pois, que se trata de instrumento de investigação submetido a controle jurisdicional.

Ponto interessante de debate relaciona-se ao direito de citação e ao conhecimento prévio da acusação, ligando-se ao direito ao contraditório e à plenitude de defesa, bem como o direito à prova.

Sendo o procedimento inquisitorial, parte-se da premissa que inexistente direito à defesa no inquérito policial. Tal assertiva mostra-se equivocada ao menos em parte. É certo que por não haver acusação formal ou mesmo relação processual instaurada, não há a efetiva citação do suspeito. Em verdade, enquanto não advir o ato de indiciamento, não há de se falar em pretensão de defesa, pois carece de indicativo de autoria. Contudo, a partir do ato de indiciamento por parte do Delegado de Polícia, ato através do qual o Estado formalmente aponta o suspeito do crime, surge ao indiciado uma gama de possibilidades de exercício de defesa, seja exercício endógeno do direito de defesa, seja o exercício exógeno do direito de defesa.

Entende-se por exercício endógeno do direito de defesa a possibilidade conferida ao indiciado de permanecer em silêncio durante seu interrogatório policial, bem como o direito de não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), ambos preceitos constitucionais, conforme art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Da mesma forma, recentes alterações no estatuto da advocacia promoveram ampliação da participação da defesa nos autos da investigação preliminar.

41 LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008. p.09.

42 SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830, de 20 de junho de 2013. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 49.

O art. 7º, XIV, da Lei 8906/94, alterado pela Lei 13.245/2016, disciplina que é direito do advogado examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Tal direito já vinha preconizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula Vinculante nº14, segundo a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Insta destacar que a limitação desarrazoada do direito de defesa por parte da Autoridade Policial nos autos do Inquérito Policial possui conseqüências severas para o deslinde da causa. O inciso XXI do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil bem indica que o impedimento à assistência do advogado a seus clientes investigados ocasiona a “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”.

O referido dispositivo assegura ao advogado, ademais, a possibilidade de apresentar razões e quesitos durante o ato de interrogatório ou mesmo quando da requisição por parte da Autoridade Policial de exame pericial.

Havendo inobservância dos referidos direitos do advogado por parte do Delegado de Polícia ensejará sua responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade, mormente no que se refere à Autoridade Policial que tenha por intuito prejudicar o exercício do direito de defesa, conforme se depreende do §12 do art. 7º da Lei 8906/94.

Nesse aspecto, o exercício exógeno do direito de defesa ganha relevante destaque. Diante de eventual arbitrariedade protagonizada pelo titular da investigação criminal, pode o indiciado fazer uso de seu direito exógeno de defesa na investigação preliminar, podendo impetrar *habeas corpus* ao juiz competente buscando fazer jus ao seu direito endógeno de defesa e, em situações limítrofes, requerer o trancamento do inquérito policial – principalmente quando restar clara a inexistência de materialidade delitiva ou indícios de autoria.

Ainda, havendo a limitação ao exercício da atuação do advogado, poderá este impetrar Mandado de Segurança junto ao juiz competente para que se faça garantir as prerrogativas da advocacia no exercício de defesa durante a investigação criminal.

Assim, pode-se afirmar com segurança que o investigado possui direito de defesa em aspecto positivo – podendo se utilizar de todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que apontem a autoria delitiva ou materialidade do crime -, e em aspecto negativo, não sendo obrigado a produzir provas contra si⁴³.

A Suprema Corte também aponta como corolário do devido processo legal substancial o direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas.

A relação de tal preceito com o inquérito policial também parece razoável. Tratando-se de procedimento administrativo calcado em lei, o inquérito policial possui prazo para a conclusão das diligências investigatórias. Nesse aspecto, o Código de Processo Penal em seu artigo 10, *caput*, confere o prazo de 10 dias para conclusão da investigação quando o indiciado estiver preso, e 30 dias quando o indiciado estiver solto, no casos de crimes investigados pela Polícia Judiciária Estadual. Para as investigações que digam respeito ao tráfico de drogas, o prazo se alarga, devendo ser concluído no prazo de 30 dias em caso de investigado preso (sendo permitida uma única prorrogação com prazo idêntico), ou 90 dias acaso o investigado esteja solto.

43 SANNINI NETO, Francisco. Inquérito Policial e prisões provisórias. São Paulo: Ideias e Letras. 2014. p.82.

A despeito de ser possível a prorrogação do prazo de conclusão do inquérito policial quando o indicado estiver solto (art. 10, §3º, do CPP), tal medida não pode ser adotada de maneira desarrazoada, devendo respeito ao Princípio da Proporcionalidade. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Não é raro encontrarmos em Delegacias de Polícia, Varas Criminais ou Promotorias de Justiça autos de investigações criminais que tramitam há anos, com sucessivas prorrogações de prazo. Ocorre que a aferição da razoabilidade do tempo de investigação demanda análise de caso a caso, pois a complexidade do fato investigado ou mesmo as circunstâncias e realidade estrutural dos órgãos que compõe o sistema de persecução criminal influencia diretamente no tempo de duração da investigação criminal.

Ainda, imprescindível indicarmos como fator influenciador do tempo do processo a consequência da política legislativa em seara criminal. A enxurrada legislativa no âmbito penal cria dia a dia mais tipos penais a serem investigados, não havendo acompanhamento de investimento por parte do Poder Executivo.

Note-se, pois, que o fenômeno da panpenalização⁴⁴, caracterizado como a criminalização de condutas desnecessárias a fim de conferir respostas à demanda social influenciada pela opinião pública, causa sérios prejuízos a todo o sistema de persecução criminal, pois o investimento nos órgãos que compõe o sistema não acompanha o crescimento vertiginoso de figuras típicas.

A mencionada conjuntura ocasiona o inchaço de atribuições dos órgãos de persecução criminal, ensejando a lentidão no julgamento de processos crime e, por vezes, ocasionando a prescrição delitiva. Tudo isso sem falar nos custos do processo criminal, conforme bem assevera Rosa:

O importante é compreender que o custo dos processos é algo que toca, direta ou indiretamente, em todos nós. Há um custo de processamento e, segundo levantamentos antes indicados, nenhum processo crime, considerados os custos de investigação e julgamento (subsídios, vencimentos, estrutura, defesa, peritos etc.), fica abaixo de R\$1.500,00 (hum mil e quintos reais). O valor é assimilado nos custos de manutenção do Poder Judiciário e, diante da escolha política pelo controle social, via Direito Penal, arcados coletivamente (recolhimento de tributos). Desejo sublinhar, todavia, que após o processamento e eventual condenação, devemos apresentar a conta da decisão, ou seja: quanto custará o cumprimento da pena?⁴⁵

No mesmo sentido é a posição de René Ariel Dotti ao tratar dos movimentos de reforma do sistema penal, referindo-se a um verdadeiro *bang-bang* legislativo:

No campo da administração da justiça penal, os seus operadores estão sofrendo a amarga experiência dessa modalidade de infração que é responsável por um tipo de direito penal do terror que, ao contrário de seu antigo modelo, não se caracteriza pelas intervenções na consciência e na alma das pessoas, tendo à frente as bandeiras do preconceito ideológico e da intolerância religiosa. Ele se destaca, atualmente, em duas perspectivas bem definidas: a massificação da responsabilidade criminal e a erosão do sistema punitivo.⁴⁶

Percebe-se claramente a relação entre o inchaço de atribuições, falta de investimento e a demora no processo ou procedimento penal, devendo tais fatores ser levados em consideração para entendimento da "razoabilidade" do prazo para a conclusão do feito.

44 LOPES JR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). 2016.p. 127.

45 ROSA, Alexandre M. da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. p. 73.

46 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.117.

Giacomolli ensina:

O razoável é um conceito aberto, carecedor de uma delimitação precisa, de difícil determinação *prima facie* e em abstrato, motivo por que a imersão ao caso concreto, com todas as circunstâncias (fáticas, jurídicas, objetivas, subjetivas, v.g) e interferências (endo e extraprocessuais, v.g), é um imperativo verificável à prestação da tutela jurisdicional efetiva. O qualificativo de razoável situa-se na linha do que encontra uma justificativa fática e jurídica dentro da normalidade (ajustado à norma) do procedimento processual penal. Na verificação da duração razoável interferem vários fatores específicos de cada caso, tanto no aspecto objetivo (fato que está sendo investigado), quanto do comportamento dos sujeitos e instituições envolvidos na investigação.⁴⁷

Outro ponto indicado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito à publicidade dos atos processuais.

O Inquérito Policial possui como característica ser sigiloso. O art. 20 do Código de Processo Penal bem dispõe que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

De fato, a impossibilidade de acompanhamento dos atos investigatórios por qualquer um do povo é medida salutar para o bom desenvolvimento das estratégias de atuação durante o levantamento e informações acerca do crime, impedindo que se dê divulgação dos próximos passos a ser dados pela Polícia Judiciária, o que facilitaria eventual destruição de provas ou mesmo auxiliaria na fuga de suspeitos.

Contudo, o sigilo da investigação criminal não pode ser oposto ao Promotor ou Juiz da causa, tampouco ao advogado, ainda que sem procuração para atuar nos autos (salvo nos casos de sigilo decretado judicialmente ou mesmos nos casos em que se impõe o sigilo para a investigação por determinação legal; nesses casos, é exigida procuração específica por parte do casuístico para ter acesso ao conteúdo da investigação), conforme já explicitado quando da análise do estatuto da ordem dos advogados do Brasil.

O HC n 94.016-SP ainda indica como consectário lógico do devido processo legal substancial o direito de não ser processado e julgado com base com base em leis ‘*ex post facto*’, evitando investigações de atos não tipificados como crime. Ora, o sistema normativo pátrio atua com o direito penal do fato, devendo o autor ter praticado uma ação ou omissão que enseje um resultado previsto em lei como crime.

Ainda, o julgado bem indica que o cidadão tem o direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude. Nesse diapasão, imprescindível, como afirmado alhures, que a investigação criminal seja conduzida por profissional com formação jurídica.

A Lei 12.830/13 em seu art. 2º bem assevera que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. Assim, cabe ao delegado de polícia na condução da investigação criminal conferir os primeiros contornos jurídicos ao caso e determinar as diligências iniciais para o levantamento de provas. Para tanto, a referida autoridade pública deve pautar sua atuação de forma técnico-jurídica a fim de evitar a produção de provas ilícitas que, acaso fossem produzidas, contaminariam toda a ação penal futura em razão do princípio decorrente do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal c/c §1º do art. 157 do CPP.

Pedra de toque do princípio do devido processo legal substancial é direito à observância do juiz natural, que corresponde ao preceito constitucional disposto nos incisos XXXVII e LIII, ambos do art. 5º da Constituição Federal, indicando, respectivamente, que não haverá juízo ou tribunal de exceção, bem como que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Nessa toada, levando em conta de que estamos tratando de investigação preliminar, questiona-se se há autoridade originariamente competente para investigar determinado caso, ou seja, a dúvida recai acerca da possibilidade ou impossibilidade de existência do Princípio do Delegado Natural.

⁴⁷GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 2016.p. 378-379.

Ruchester Marreiros Barbosa responde o questionamento em artigo intitulado Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal, em que defende a existência o Princípio do Delegado Natural, mormente em face ao disposto no § 5º, do art. 2º, da Lei 12.830/2013, segundo o qual a remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

A conotação meramente formal de que a investigação não seja "processo" não pode ser um óbice à caracterização de um procedimento de ideologia democrática, em razão da máxima efetividade da dignidade da pessoa humana. A interpretação literal do artigo 5º, LV da CR/88 já passou da hora de ser superada.⁴⁸

Para Francisco Sannini Neto e Eduardo Cabette, o Princípio do Delegado natural está disposto no §4º do art. 2º da Lei 12.830/13, constituindo uma garantia para o Delegado de Polícia e para a sociedade. Conforme o referido dispositivo, o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

A partir dessa inovação legislativa, a avocação ou redistribuição discricionária, sem qualquer justificativa, não pode ser levada a efeito pela hierarquia superior da Polícia Civil ou Federal, o que, sem dúvida, representa um avanço em busca da consolidação da independência funcional do delegado de polícia, fomentando, ainda, o princípio da imparcialidade do Estado-Investigador. Não é outro o entendimento de Rodrigues da Silva ao afirmar que com "tais medidas, a investigação ganha agilidade, qualidade e imparcialidade, pois o Delegado de Polícia não sofrerá interferências escusas na condução do inquérito policial ou termo circunstanciado".⁴⁹

Assim, afigura-se clara a relação entre preceito indicado pela jurisprudência do STF ora em estudo com a garantia de autonomia funcional do presidente da investigação criminal, o que demonstra que o respeito ao princípio do delegado natural é consectário lógico do devido processo legal substancial em fase de investigação preliminar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução do sistema normativo, desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo deve refletir na evolução doutrinária referente aos atos de investigação preliminar.

A despeito de o principal instrumento de investigação brasileiro ter sua disciplina legal prevista em documento da década de 40, interpretado tradicionalmente como um instrumento arbitrário, que ganhou força durante o regime não democrático, tal realidade tem ficado cada vez mais distante.

O entendimento acerca da necessidade de um procedimento extraprocessual preliminar democrático mostra-se fundamental, mormente em razão da influência dos elementos produzidos em fase extrajudicial para a ação penal.

Assim, levando-se em conta que o inquérito policial influencia na ação penal, deve o procedimento administrativo ser pautado pelo respeito aos direitos e garantias individuais. Nesse aspecto, não basta uma análise da investigação com base no preceito constitucional do devido processo legal, mas deve ser aprofundado a fim de conferir ao investigado os direitos fundamentais do estado democrático de direito.

48 BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal#author>>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

49 SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830/2013. 2014. p.143.

Nesse ponto, ganha destaque a figura do delegado de polícia como agente transformador das perspectivas em fase investigatória, vez que trata-se de profissional bacharel em direito, tendo por atribuição a condução das investigações, devendo aplicar em seu mister os princípios constitucionais previstos na Constituição Federal.

Isto posto, a filtragem constitucional do inquérito policial, tendo como ponto principal a aplicação da cláusula do devido processo legal substancial é medida necessária para que possamos reinterpretar os dispositivos do Código de Processo Penal e garantir ao cidadão um sistema de investigação preliminar essencialmente democrático, justo e garantista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado natural é princípio basilar da devida investigação criminal. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-06/academia-policia-delegado-natural-principio-basilar-investigacao-criminal#author>>. Acesso em: 22 de jun. 2017.

_____. **Polícia Judiciária enquanto dispositivo democrático**. In: ANSELMO, Márcio Adriano. et. al. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAUMANN, Jurgen. **Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos**. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

_____. **Estado, Governo, Sociedade, para uma Teoria Geral da Política**. 14. Ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 94.016-SP. Relator: Ministro Celso de Mello. 2017.

CAFFERATA NORES, José. **Proceso penal y derechos humanos**. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional em El proceso penal argentino. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías, la Ley del más Débil**, Madrid España: Trotta, 1999.

_____. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia**. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. V.2.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos Del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- LOES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- LOPES JR. Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo**. São Paulo: Atlas, 2013.
- NORES, José Cafererata. **Proceso penal y derechos humanos**. La influencia de La normativa supranacional sobre derechos humanos de nível constitucional em El processo penal argentino. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2000
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 .Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.
- ROSA. Alexandre Morais Da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. 3. Ed. Florianópolis: Empório do Direito. 2016.
- _____. **Garantismo Jurídico e Controle de constitucionalidade Material: Aportes Hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.jahr.org>>. Acesso em: 03 de maio de 2017.
- SANNINI NETO, Francisco. **Inquérito Policial e prisões provisórias**. São Paulo: Ideias e letras, 2014.
- SANNINI NETO, Francisco; SANTOS CABETTE, Eduardo Luiz. **Estatuto do delegado de polícia comentado – Lei 12.830, de 20 de junho de 2013**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **A Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Pedro Ivo de. **Investigação Criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma**. In: ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías et. al. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2006.

A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE DA MULHER EM DECORRÊNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

THE VIOLATION OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE TO WOMEN'S HEALTH AS A RESULT OF THE CRIMINALIZATION OF ABORTION IN BRAZIL

Thayane Suleima Azevedo¹

Resumo: Em decorrência do dia 10 de dezembro, no qual comemora-se o dia Internacional dos Direitos Humanos decorrente da assinatura da Declaração Internacional de Direitos Humanos, a qual tem o propósito de garantir a igualdade de direitos, possuindo finalidade de evitar massacres, que ocorrem em devido aos privilégios de uns em detrimento de direitos de outros. Nesta tentativa de assegurar direitos aos indivíduos, principalmente dos que pertencem a grupos vulneráveis em nosso contexto social como ocorre com as mulheres, negras e pobres. Trago neste artigo um questionamento e ao mesmo tempo uma reflexão acerca da participação das mulheres brasileiras na política e nas leis que estão sendo formuladas a respeito de seu gênero em um espaço político dominado pela representatividade masculina. Tendo essa realidade no parlamentarismo brasileiro o questionamento seria, até que ponto este sistema patriarcal tem capacidade de defender os direitos humanos da mulher, trago neste contexto uma reflexão acerca da tentativa de criminalização do aborto para todos os casos conforme ocorreu com a proposta de emenda constitucional denominada de PEC 181, sucessivamente trago uma reflexão acerca da ADPF N° 54 e do Habeas Corpus 84.025 devido a conexão de assuntos.

Palavras-Chaves: Direitos Humanos das Mulheres. Garantia Constitucional. Criminalização do Aborto no Brasil. Criminologia Feminista. Parlamentarismo.

Abstract: As a result of the 10th of December, in which the international human Rights Day is celebrated due to the signing of the International Declaration of Human Rights, which has the purpose of guaranteeing equal rights, with the purpose of avoiding Massacres, which occur in due to the privileges of one at the expense of others' rights. In this attempt to ensure rights to individuals, especially those belonging to vulnerable groups in our social context as occurs with women, black and poor. I bring in this article a questioning and at the same time a reflection about the participation of Brazilian women in politics and laws that are being formulated regarding their gender in a political space dominated by male representativeness. Having this reality in the Brazilian parliamentarism the questioning would be, to what extent this patriarchal system has the capacity to defend the human rights of women, I bring in this context a reflection on the attempted criminalization of abortion to All cases as occurred with the proposed constitutional amendment called PEC 181, I successively bring a reflection on the ADPF N° 54 and the Habeas Corpus 84,025 due to the connection of subjects.

Key-Words: Women's human rights. Constitutional guarantee. Criminalization of abortion in Brazil. Feminist criminology. Parliamentarism.

¹ Pós Graduanda em Direito Penal e Processo Penal na IES Cândido Mendes

1 INTRODUÇÃO

Partindo de um pressuposto constitucional de direitos humanos, garantias fundamentais, igualdade, dignidade, autonomia, autodeterminação, liberdade reprodutiva, direitos sexuais, direito de saúde psíquica e física da mulher. Qual o Estado social que é proporcionado para as mulheres debaterem as medidas adotadas em um espaço político-institucional de forma que o discurso seja pautado na racionalidade democrática, nas evidências médicas? Como reivindicar um direito nessas condições que são impostas em um espaço não equitativo de tomadas de decisões?

Conforme as análises de Sarlo,

Podemos observar que, ainda num passado recente, a autoridade masculina afirmava-se como um fato indiscutível, reforçando inclusive a crença da supremacia masculina no campo do poder mesmo e principalmente quando as mulheres reivindicavam direitos. Ela dirá: Essa peculiaridade pode explicar a estratégia que consiste no movimento duplo de conquistar espaços e reassegurar aos homens que seus privilégios e sua hegemonia não estejam em jogo em cada movimento. Por meio dessa estratégia feminina de duplicidade, a autoridade dos homens é tida como fato e, ao mesmo tempo, considerada como algo que deve ser mudado para o próprio interesse do homem, da família, da sociedade e das mulheres. No passado, o discurso das mulheres em relação à política e à esfera pública frequentemente começava por aceitar a hegemonia masculina nesses espaços e seus tópicos: isso parecia ser a precondição para o discurso e para a prática feminina que, uma vez assumidos como um direito, entraram em conflito com o poder e a igualdade perante os homens. (SARLO, 1997, p.67 apud ANTUNES, 2019).

Tendo em vista que, no Congresso Nacional, onde é debatido o assunto referente a criminalização do aborto possui 90% das cadeiras, e, das decisões tomadas por homens o quanto tem de democrático e justo nas decisões quando se trata de um assunto de cunho estritamente do gênero feminino? Estaria essa minoria, desprovida de poder de representatividade, realmente representada diante de temas que envolvem liberdades de escolha de interrupção da gravidez?

Quando a opção de práticas abortivas é decorrente de discursos moralistas, religiosos, à favor da família, não está sendo levado em ponderação que uma vida inviável como ocorre no caso dos anencefálicos, gerar um filho que foi fruto de um estupro faz com que ocorra no âmbito psicossocial um distúrbio para a gestante. Conforme salientou a desembargadora Giselda Leitão Teixeira quando concedeu a liminar de forma a viabilizar a interrupção da gestação “A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero”.

Quando a opção de criminalizar deixa de lado a racionalização do debate, como se a punição fosse a forma mais eficaz de se prevenir a prática abortiva. Esquecendo de levar em consideração uma gravidez indesejada e as possíveis implicações psicossociais desta mulher que terá uma gravidez forçada, principalmente, se for decorrente de estupro. A criminalização da conduta seria uma gravíssima violação à Constituição da República Federativa de 88, embora o Código Penal seja mais antigo do que a CF, portanto tratando-se de uma legislação infraconstitucional, deve seus artigos obedecerem aos preceitos, princípios constitucionais entre eles, o assistencialismo à saúde de todas as mulheres vítimas de estupro, gravidez indesejada e inviabilidade de sobrevivência do feto.

Ocorrer uma prévia discussão com as mulheres que serão afetadas faz com que o espaço político amplie os seus olhares através de uma sensibilidade, pois, as vítimas de uma gravidez indesejada podem integrar para acrescentar uma construção de discurso pró-aborto, visto que, amplia-se o diálogo, conforme deve ocorrer em uma democracia. E, em relação a esse ponto de vista os estudos feministas contribuem de forma bastante relevante por levar esses assuntos para o público em geral e assim ajudado a inverter conceitos referentes a um pensamento dominante que se opõe aos estudos científicos, principalmente nos campos de ciências sociais de forma a estabelecer um contraponto às formas tradicionais de pensar a sociedade atual.

2 A FALTA DE REPRESENTATIVIDADE DA MULHER EM AGENDA PÚBLICA E SUAS IMPLICAÇÕES

Atualmente no Congresso Brasileiro as parlamentares possuem cerca de 10% de assentos no Congresso igualdade discrepante, quando verificada a quantidade de mulheres existentes na população brasileira, e para reverter essa situação secular de desigualdade formou-se a Bancada Feminina na Câmara, cujo objetivo é fazer valer nossos direitos e assim ter voz ativa nos debates, porém ainda com um número ínfimo quando comparado ao número de homens neste ambiente. Embora exista este Parlamento é preciso alguns avanços nas legislações de combate às desigualdades salariais, a proteção da mulher no mercado de trabalho e na melhoria nas condições de saúde sexual.

De acordo com pesquisa realizada pela União Interparlamentar foi constatado que a participação de mulheres em parlamento está em um índice bem abaixo, e, acima apenas de alguns países. Conforme pode ser verificado na tabela abaixo.

a) Participação feminina na Câmara dos Deputados:

País	Eleições Cadeiras Mulheres	%Mulheres
Suécia	09.1994 349 141	40.4
Noruega	09.1993 165 65	39.4
Dinamarca	09.1994 179 59	33.0
Moçambique	10.1994 250 63	25.2
Áustria	11.1994 183 43	23.5
Argentina	05.1995 257 56	21.8
Uganda	03.1994 270 47	17.4
Itália	03.1994 630 95	15.1
México	08.1994 500 71	14.2
Bulgária	12.1994 240 32	13.3
Indonésia	06.1992 500 61	12.2
E.U.A.	11.1994 440 48	10.9
Colômbia	03.1994 166 18	10.8
Austrália	03.1993 147 14	9.5
Índia	06.1991 528 42	8.0
Chile	12.1993 120 9	7.5
Brasil	10.1994 513 36	7.0
França	03.1993 577 37	6.4
Zaire	05.1994 67 3	5.0
Equador	05.1994 67 3	4.5
Mongólia	06.1992 76 3	3.9

Fonte: União Interparlamentar

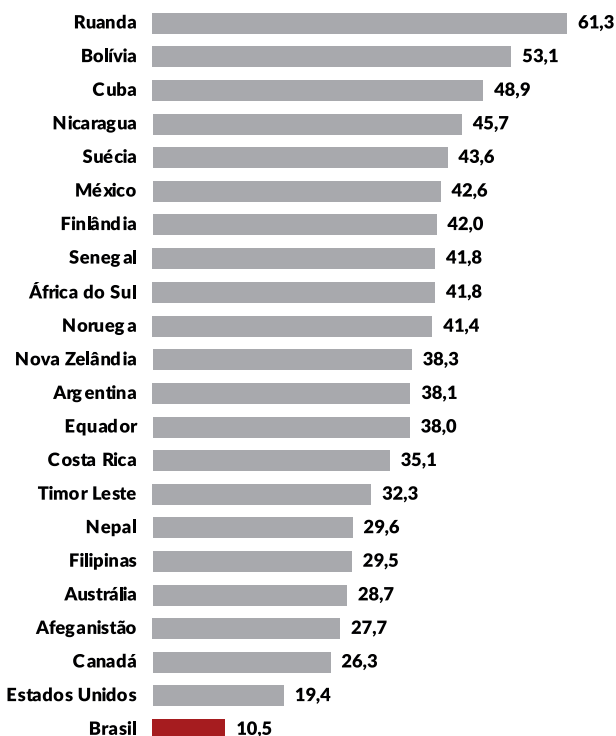
Outra pesquisa realizada com 192 países apontam o Brasil ocupando a posição de 152ª no quesito representatividade feminina conforme gráfico abaixo, o Brasil fica abaixo de países como Senegal, Equador e Etiópia, apresentando um total de 10,5% do conjunto de deputados federais. O que torna evidente a falta de equidade.

b) Representação Feminina na vida pública

O percentual de parlamentares mulheres no Brasil em 20 de dezembro de 2017

Senadoras	16,0%
Deputadas Federais	10,5%

c) Percentual de parlamentares mulheres em exercício em câmara baixa ou parlamento unicameral



Estatísticas de Gênero. Indicadores se Gênero 2018. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/9d6f4faeda1f1fb7532be7a9240cc233.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Observação importante que o Brasil consegue ficar atrás nesse quesito até mesmo de países como a Somália, onde tem um choque cultural evidente devido a cultura da mutilação de genitália, onde 80% das mulheres são afetadas com este tipo de intervenção, e com o seu sistema parlamentar diferenciado, ainda assim mulheres possuem uma representatividade em alta quando comparado com o Brasil.

Em pesquisa mais recente realizada em decorrência do dia Internacional do parlamentarismo, comemorado em 30 de Junho. Data essa instituída pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 72/278, segundo dados da União Interparlamentar, com bases em informações enviadas pelos

Parlamentos Nacionais até o dia 1 de Outubro de 2018, o Brasil ficou na colocação de 157º na tabela que teve 193 países classificados em ordem decrescente, levando em consideração a quantidade de mulheres com participação política, representatividade. Conforme pode ser visto na íntegra abaixo:

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
1	Ruanda	03.09.2018	80	49	61,30%	26.09.2011	26	10	38,50%
2	Cuba	11.03.2018	605	322	53,20%	---	---	---	---
3	Bolívia	12.10.2014	130	69	53,10%	12.10.2014	36	17	47,20%
4	México	01.07.2018	500	241	48,20%	01.07.2018	128	63	49,20%
5	Granada	13.03.2018	15	7	46,70%	27.04.2018	13	4	30,80%
6	Namíbia	29.11.2014	104	48	46,20%	08/12/2015	42	10	23,80%
7	Suécia	09.09.2018	349	161	46,10%	---	---	---	---
8	Nicarágua	06.11.2016	92	42	45,70%	---	---	---	---
9	Costa Rica	04.02.2018	57	26	45,60%	---	---	---	---
10	África do Sul [1]	07.05.2014	397	168	42,30%	21.05.2014	54	19	35,20%
11	Finlândia	19.04.2015	200	84	42,00%	---	---	---	---
12	Senegal	30.07.2017	165	69	41,80%	---	---	---	---
13	Noruega	11.09.2017	169	70	41,40%	---	---	---	---
14	França	11.06.2017	576	228	39,60%	24.09.2017	348	102	29,30%
"	Moçambique	15.10.2014	250	99	39,60%	---	---	---	---
16	Espanha	26.06.2016	350	137	39,10%	26.06.2016	266	101	38,00%
17	Argentina	22.10.2017	257	100	38,90%	22.10.2017	72	30	41,70%
18	Etiópia	24.05.2015	547	212	38,80%	05.10.2015	153	49	32,00%
19	Nova Zelândia	23.09.2017	120	46	38,30%	---	---	---	---
"	A ARJ da Macedónia	11.12.2016	120	46	38,30%	---	---	---	---
21	Islândia	28.10.2017	63	24	38,10%	---	---	---	---
22	Bélgica	25.05.2014	150	57	38,00%	03.07.2014	60	30	50,00%
"	Equador	19.02.2017	137	52	38,00%	---	---	---	---
24	Dinamarca	18.06.2015	179	67	37,40%	---	---	---	---
25	República Unida da Tanzânia	25.10.2015	390	145	37,20%	---	---	---	---
26	Burundi	29.06.2015	121	44	36,40%	24.07.2015	39	18	46,20%
27	Países Baixos	15.03.2017	150	54	36,00%	26.05.2015	75	26	34,70%
28	Itália	04.03.2018	630	225	35,70%	04.03.2018	320	113	35,30%
29	Portugal	04.10.2015	230	80	34,80%	---	---	---	---
30	Belarus	11.09.2016	110	38	34,50%	30.08.2012	56	17	30,40%

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
31	Áustria	15.10.2017	183	63	34,40%	N / D	61	19	31,10%
"	Sérvia	24/04/2016	250	86	34,40%	---	---	---	---
33	Uganda	18.02.2016	449	154	34,30%	---	---	---	---
34	Timor-Leste	12.05.2018	65	22	33,80%	---	---	---	---
35	Mônaco	14.02.2018	24	8	33,30%	---	---	---	---
36	Nepal	26.11.2017	275	90	32,70%	07.02.2018	59	22	37,30%
37	Suíça	18.10.2015	200	65	32,50%	23.10.2011	46	7	15,20%
38	Reino Unido	08.06.2017	650	209	32,20%	N / D	791	208	26,30%
39	Andorra	01.03.2015	28	9	32,10%	---	---	---	---
40	Guiana	11.05.2015	69	22	31,90%	---	---	---	---
41	Zimbábue	30.07.2018	270	85	31,50%	30.07.2018	80	35	43,80%
42	Tunísia	26.10.2014	217	68	31,30%	---	---	---	---
43	Camarões	30.09.2013	180	56	31,10%	25.03.2018	100	26	26,00%
44	El Salvador	04.03.2018	84	26	31,00%	---	---	---	---
"	Trinidad e Tobago	07.09.2015	42	13	31,00%	23.09.2015	31	9	29,00%
46	Alemanha	24.09.2017	709	218	30,70%	N / D	69	27	39,10%
47	Angola	23.08.2017	220	67	30,50%	---	---	---	---
"	Sudão	13.04.2015	426	130	30,50%	01.06.2015	54	19	35,20%
49	Filipinas	09/05/2016	292	86	29,50%	09/05/2016	24	6	25,00%
50	Austrália	02.07.2016	150	43	28,70%	02.07.2016	76	31	40,80%
51	Sudão do Sul	04.08.2016	383	109	28,50%	05.08.2011	50	6	12,00%
52	Luxemburgo	20.10.2013	60	17	28,30%	---	---	---	---
53	Polônia	25.10.2015	460	129	28,00%	25.10.2015	100	14	14,00%
54	Albânia	25.06.2017	140	39	27,90%	---	---	---	---
55	Afeganistão	18.09.2010	249	69	27,70%	10.01.2015	68	18	26,50%
"	Peru	10/04/2016	130	36	27,70%	---	---	---	---
57	Israel	17.03.2015	120	33	27,50%	---	---	---	---
"	República Democrática Popular do Laos	20.03.2016	149	41	27,50%	---	---	---	---
59	Cazaquistão	20.03.2016	107	29	27,10%	28.06.2017	47	5	10,60%
60	Canadá	19.10.2015	337	91	27,00%	N / D	94	43	45,70%
61	República Dominicana	15.05.2016	190	51	26,80%	15.05.2016	32	3	9,40%

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
62	Estônia	01.03.2015	101	27	26,70%	---	---	---	---
"	San Marino	20.11.2016	60	16	26,70%	---	---	---	---
"	Vietnã	22.05.2016	494	132	26,70%	---	---	---	---
65	Djibuti	23.02.2018	65	17	26,20%	---	---	---	---
66	Argélia	04.05.2017	462	119	25,80%	29.12.2015	143	10	7,00%
67	Iraque	12.05.2018	329	84	25,50%	---	---	---	---
"	Suriname	24.05.2015	51	13	25,50%	---	---	---	---
69	Dominica	08.12.2014	32	8	25,00%	---	---	---	---
70	China	05.03.2018	2980	742	24,90%	---	---	---	---
71	Turcomenistão	25.03.2018	125	31	24,80%	---	---	---	---
72	Eslovênia	03.06.2018	90	22	24,40%	22.11.2017	40	4	10,00%
"	Somália	23.10.2016	275	67	24,40%	23.10.2016	54	13	24,10%
74	Bulgária	26.03.2017	240	57	23,80%	---	---	---	---
75	Cabo Verde	20.03.2016	72	17	23,60%	---	---	---	---
76	Montenegro	16.10.2016	81	19	23,50%	---	---	---	---
77	Cingapura	11.09.2015	100	23	23,00%	---	---	---	---
78	República da Moldávia	30.11.2014	101	23	22,80%	---	---	---	---
79	Chile	19.11.2017	155	35	22,60%	19.11.2017	43	10	23,30%
80	Emirados Árabes Unidos	03.10.2015	40	9	22,50%	---	---	---	---
81	Irlanda	26.02.2016	158	35	22,20%	25/04/2016	60	18	30,00%
"	Venezuela (República Bolivariana da)	06.12.2015	167	37	22,20%	---	---	---	---
83	Lesoto	03.06.2017	122	27	22,10%	11.07.2017	32	8	25,00%
84	República Checa	20.10.2017	200	44	22,00%	07.10.2016	80	15	18,80%
"	Eritreia	01.02.1994	150	33	22,00%	---	---	---	---
86	Guiné	28.09.2013	114	25	21,90%	---	---	---	---
87	Quênia	08.07.2017	349	76	21,80%	08.07.2017	68	21	30,90%
88	Bósnia e Herzegovina	12.10.2014	42	9	21,40%	29.01.2015	15	2	13,30%
89	Lituânia	09.10.2016	141	30	21,30%	---	---	---	---
90	Seychelles	08.09.2016	33	7	21,20%	---	---	---	---
91	Honduras	26.11.2017	128	27	21,10%	---	---	---	---

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
92	Roménia	11.12.2016	329	68	20,70%	11.12.2016	136	19	14,00%
93	Paquistão	25.08.2018	330	68	20,60%	03.03.2018	104	20	19,20%
94	Marrocos	07.10.2016	395	81	20,50%	02.10.2015	120	14	11,70%
95	Bangladesh	05.01.2014	350	71	20,30%	---	---	---	---
"	Mauritânia	01.09.2018	153	31	20,30%	---	---	---	---
97	Uruguai	26.10.2014	99	20	20,20%	26.10.2014	31	9	29,00%
98	Barbados	24.05.2018	30	6	20,00%	05.06.2018	21	8	38,10%
"	Camboja	29.07.2018	125	25	20,00%	25.02.2018	62	11	17,70%
"	Guiné Equatorial	12.11.2017	100	20	20,00%	12.11.2017	72	11	15,30%
"	Eslováquia	05.03.2016	150	30	20,00%	---	---	---	---
102	Arábia Saudita	02.12.2016	151	30	19,90%	---	---	---	---
103	Indonésia	09.04.2014	560	111	19,80%	---	---	---	---
104	Estados Unidos da America	08.11.2016	428	84	19,60%	08.11.2016	100	23	23,00%
105	Quirguistão	04.10.2015	120	23	19,20%	---	---	---	---
"	Madagáscar	20.12.2013	151	29	19,20%	29.12.2015	63	13	20,60%
107	Tajiquistão	01.03.2015	63	12	19,00%	27.03.2015	32	7	21,90%
108	Grécia	20.09.2015	300	56	18,70%	---	---	---	---
109	Croácia	11.09.2016	151	28	18,50%	---	---	---	---
110	Panamá	04.05.2014	71	13	18,30%	---	---	---	---
111	São Tomé e Príncipe	12.10.2014	55	10	18,20%	---	---	---	---
112	Armênia	02.04.2017	105	19	18,10%	---	---	---	---
"	Colômbia	11.03.2018	171	31	18,10%	11.03.2018	108	22	20,40%
114	Zâmbia	11.08.2016	167	30	18,00%	---	---	---	---
115	Chipre	22.05.2016	56	10	17,90%	---	---	---	---
116	Ir	25.07.2013	91	16	17,60%	---	---	---	---
117	Jamaica	22.02.2016	63	11	17,50%	10.03.2016	21	5	23,80%
118	Peru	24.06.2018	596	104	17,40%	---	---	---	---
119	Gabão	17.12.2011	117	20	17,10%	13.12.2014	102	18	17,60%
"	Mongólia	29.06.2016	76	13	17,10%	---	---	---	---
121	Níger	21.02.2016	171	29	17,00%	---	---	---	---
"	República da Coreia	13/04/2016	300	51	17,00%	---	---	---	---
123	Azerbaijão	01.11.2015	125	21	16,80%	---	---	---	---

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
124	Malawi	20.05.2014	192	32	16,70%	---	---	---	---
"	Santa Lúcia	06/06/2016	18	3	16,70%	05.01.2012	11	3	27,30%
126	República Popular Democrática da Coreia	09.03.2014	687	112	16,30%	---	---	---	---
127	Fiji	17.09.2014	50	8	16,00%	---	---	---	---
"	Georgia	08.10.2016	150	24	16,00%	---	---	---	---
"	Letônia	04.10.2014	100	16	16,00%	---	---	---	---
"	Líbia	25.06.2014	188	30	16,00%	---	---	---	---
"	Uzbequistão	21.12.2014	150	24	16,00%	13.01.2015	100	17	17,00%
132	Federação Russa	18.09.2016	450	71	15,80%	N / D	170	29	17,10%
133	Jordânia	20/09/2016	130	20	15,40%	27.09.2016	65	10	15,40%
134	Chade	13.02.2011	177	27	15,30%	---	---	---	---
135	Paraguai	22.04.2018	80	12	15,00%	22.04.2018	45	8	17,80%
136	Egito	17.10.2015	596	89	14,90%	---	---	---	---
137	Malásia	09.05.2018	223	31	13,90%	N / D	68	15	22,10%
138	Guiné-Bissau	13.04.2014	102	14	13,70%	---	---	---	---
139	São Cristóvão e Névis	16.02.2015	15	2	13,30%	---	---	---	---
140	República Árabe da Síria	13/04/2016	250	33	13,20%	---	---	---	---
141	São Vicente e Granadinas	09.12.2015	23	3	13,00%	---	---	---	---
142	Bahamas	24.05.2017	39	5	12,80%	24.05.2017	16	7	43,80%
143	Gana	07/12/2016	275	35	12,70%	---	---	---	---
"	Guatemala	06.09.2015	158	20	12,70%	---	---	---	---
145	Hungria	08.04.2018	199	25	12,60%	---	---	---	---
146	Palau	01.11.2016	16	2	12,50%	01.11.2016	13	2	15,40%
147	Libéria	10.10.2017	73	9	12,30%	20.12.2014	30	3	10,00%
"	Serra Leoa	07.03.2018	146	18	12,30%	---	---	---	---
"	Ucrânia	26.10.2014	423	52	12,30%	---	---	---	---
150	Liechtenstein	05.02.2017	25	3	12,00%	---	---	---	---
151	Malta	03.06.2017	67	8	11,90%	---	---	---	---
152	Índia	07/04/2014	542	64	11,80%	16.01.2018	237	27	11,40%
153	Maurício	10.12.2014	69	8	11,60%	---	---	---	---

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
154	Congo	16.07.2017	151	17	11,30%	31.08.2017	71	14	19,70%
155	Antígua e Barbuda	21.03.2018	18	2	11,10%	26.03.2018	17	9	52,90%
156	Burkina Faso	29.11.2015	127	14	11,00%	---	---	---	---
157	Brasil	05.10.2014	513	55	10,70%	05.10.2014	81	12	14,80%
158	Costa do Marfim	18.12.2016	255	27	10,60%	25.03.2018	66	8	12,10%
159	Nauru	09.07.2016	19	2	10,50%	---	---	---	---
160	Gâmbia	06.04.2017	58	6	10,30%	---	---	---	---
161	Myanmar	08.11.2015	433	44	10,20%	08.11.2015	221	23	10,40%
162	Japão	22.10.2017	465	47	10,10%	07/10/2016	242	50	20,70%
163	Samoa	04.03.2016	50	5	10,00%	---	---	---	---
164	Catar	01.07.2013	41	4	9,80%	---	---	---	---
165	Botsuana	24.10.2014	63	6	9,50%	---	---	---	---
166	Belize	04.11.2015	32	3	9,40%	13.11.2015	13	2	15,40%
167	Brunei Darussalam	13.01.2017	33	3	9,10%	---	---	---	---
"	Ilhas Marshall	16.11.2015	33	3	9,10%	---	---	---	---
169	República Democrática do Congo	28.11.2011	492	44	8,90%	19.01.2007	108	5	4,60%
170	Mali	24.11.2013	147	13	8,80%	---	---	---	---
171	República Centro-Africana	14.02.2016	140	12	8,60%	---	---	---	---
172	Butão	13.07.2013	47	4	8,50%	20.04.2018	25	4	16,00%
173	Barém	22.11.2014	40	3	7,50%	07.12.2014	40	9	22,50%
174	Tonga	16.11.2017	27	2	7,40%	---	---	---	---
175	Benin	26.04.2015	83	6	7,20%	---	---	---	---
"	Eswatini	21.09.2018	69	5	7,20%	30.10.2013	30	10	33,30%
177	Tuvalu	31.03.2015	15	1	6,70%	---	---	---	---
178	Kiribati	30.12.2015	46	3	6,50%	---	---	---	---
179	Comores	25.01.2015	33	2	6,10%	---	---	---	---
180	Irã (Republic Islâmica do Irã)	26.02.2016	289	17	5,90%	---	---	---	---
"	Maldivas	22.03.2014	85	5	5,90%	---	---	---	---
182	Sri Lanka	17.08.2015	225	13	5,80%	---	---	---	---

continua ...

WORLD CLASSIFICATION									
Rank	Country	Lower or single House				Upper House or Senate			
		Elections	Seats*	Women	% W	Elections	Seats*	Women	% W
183	Nigéria	28.03.2015	360	20	5,60%	28.03.2015	108	7	6,50%
184	Tailândia	07.08.2014	246	13	5,30%	---	---	---	---
185	Líbano	06.05.2018	128	6	4,70%	---	---	---	---
186	Ilhas Salomão	19.11.2014	50	2	4,00%	---	---	---	---
187	Kuwait	26.11.2016	65	2	3,10%	---	---	---	---
188	Haiti	09.08.2015	118	3	2,50%	20.11.2016	28	1	3,60%
189	Omã	25.10.2015	85	1	1,20%	07/11/2015	85	14	16,50%
190	Micronésia (Estados Federados da)	07.03.2017	14	0	0,00%	---	---	---	---
"	Papua Nova Guiné	24.06.2017	106	0	0,00%	---	---	---	---
"	Vanuatu	22.01.2016	52	0	0,00%	---	---	---	---
"	Iémen	27.04.2003	275	0	0,00%	28.04.2001	111	2	1,80%

* Os números correspondem ao número de lugares atualmente preenchidos no Parlamento

[1] África do Sul: Os números sobre a distribuição de assentos na Câmara Alta não incluem os 36 delegados rotativos especiais nomeados numa base ad hoc, e todas as percentagens dadas são, portanto, calculadas com base nos 54 assentos permanentes.

WOMEN In National Parliaments. Disponível em: <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

Diante dessa disparidade existente no parlamento brasileiro, fica observado que a falta de representatividade pode vir a afetar de forma espantosa as pessoas que ali não tem seus representantes, visto que, são consideradas minorias no Brasil: mulheres, negras e as pobres que muitas vezes sequer sabem da necessidade de uma autorização judicial para a interrupção de sua gestação.

Trazendo esta informação para o foco desta pesquisa percebemos que a criminalização do aborto irá afetar de forma visceral principalmente as mulheres negras e pobres que ficam à mercê de uma autorização judicial, enquanto está padecendo com uma gravidez de risco, tanto para a sua vida quanto para a vida do próprio filho, devido a criminalização do aborto por parte do Estado.

Conforme elucidado pelo Ministro Barroso em seu voto referente a ADPF 54.

Eu próprio tive a oportunidade de trazer ao Plenário do Supremo Tribunal Federal um caso - o HC 84.025 - que ilustrava o calvário a que foi submetida uma jovem e pobre gestante do estado do Rio de Janeiro que se dirigiu ao Poder Judiciário em busca de autorização para interromper a gravidez e se viu submetida a todo tipo de manipulação, chicanas e arbitrariedades, inclusive de representantes do poder público.

A ADPF há de ser utilizada pelo STF como instrumento especial por meio do qual está Corte chamará a si uma incumbência de natureza toda especial: a de conferir especial proteção a grupos minoritários, isto é, aqueles grupos sociais, políticos, econômicos que, por força de sua baixa representatividade ou da situação de quase impotência com que se apresentam no processo político-institucional regular, não dispõem de meios para fazer valer de forma eficaz os seus direitos. (CONHECA... 2005).

Vale ressaltar que a criminalização nada mais é do que uma tentativa de fazer com que o Estado adote cada vez mais uma conduta punitivista, ao invés de assegurar os direitos previsto constitucionalmente como o direito à saúde sexual, direito reprodutivo e assistência de saúde com qualidade e proteção à saúde integral.

Por exemplo, quando o Estado possui o dever de resguardar a saúde dos seus cidadãos deve preocupar-se com todos os fatores ali envolvidos tanto os fatores sociais, biológicos quanto os fatores psicossociais. Digamos que uma vítima de estupro, decorrente de uma violência doméstica vem a engravidar nessas circunstâncias. Não pode o Estado criminalizar as condutas da gestante de optar pela prática de interrupção da gravidez.

Deve se levar em consideração uma característica importante de Estratégia Familiar visto que ela vai carregar por 9 meses o fruto de uma violência contra ela própria, indefesa, e possivelmente no futuro não irá imaginar ligação sequer com aquela criança, o que terá como consequência inimagináveis atitudes de abandono infantil e até mesmo o puerpério com as mais sequelas indesejadas.

Precisa-se realizar ações direcionadas a saúde integral da mulher, não restringindo o seu papel de procriação, como percebemos nos discursos moralistas e religiosos arraigados com falta de senso de dignidade de todos e, também com falta de laicidade, pois, vale lembrar que permitir a prática do aborto não faz com que este se torne algo obrigatório, ainda existe a opção de não abortar porém esta já está acolhida pela nossa democracia e pelo aparato estatal.

Um estudo realizado sobre a epidemiologia do aborto em uma população em situação de pobreza na Favela Inajar de Souza, em São Paulo (SP), identificou um elevado número de abortos inseguros entre as mulheres. Na maioria das vezes, as mulheres em situação de pobreza recorrem ao aborto clandestino como forma de “planejamento familiar”, como denotam as taxas de gestação. Porém, no grupo estudado, verificou-se também a elevada taxa de complicações pós-aborto revertidas em internações hospitalares (FUSCO; ANDREONI; SILVA, 2008 apud ANJOS; SANTOS; SOUZA, 2013).

3 A VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À SAÚDE DA MULHER

A PEC nº 181/2015, com origem na PEC nº 99/2015, altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal, para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro. E, no final tornou-se um instrumento para criminalizar o aborto, inclusive em casos decorrentes de estupro. Devido as alterações feitas pelas comissões, conforme podemos visualizar a seguir:

A proposição foi encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde recebeu parecer favorável da relatora, senadora Simone Tebet (PMDB/MS). A matéria foi aprovada pelo Plenário do Senado Federal, com uma emenda, que limita o período máximo da licença-maternidade ampliada em até 240 dias. A PEC foi remetida à Câmara dos Deputados em dezembro de 2015. Foi encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que aprovou parecer pela admissibilidade. Na Comissão Especial criada para analisar a matéria, recebeu parecer favorável do relator, que apresentou um substitutivo que, mantendo a prorrogação da licença maternidade em caso de parto prematuro pelos dias em que o bebê permanecer internado até o limite de 240 dias, propõe modificar o artigo 1º da Carta Magna, para que o respeito à dignidade da pessoa humana seja observado desde a “concepção”, e para que o direito à vida, constante no artigo 5º, seja garantido “desde a concepção”, com o fim de proibir o aborto. (BRASIL. PEC 181, 2015, p. 8).

Com a aprovação deste Projeto de Emenda Constitucional entra-se em um estado de retrocesso constitucional, em decorrência da criminalização da prática de interrupção de vida em todos os casos, inclusive nos casos já abordados em lei e consideradas não criminosas, como ocorre na anencefalia, aborto e em casos em que o nascimento do bebê põe em risco a saúde da mãe, estabelecendo um estado de violação da garantia constitucional à saúde da mulher em decorrência da criminalização do aborto.

No Brasil o Estado tem o dever de garantir à todos os cidadãos acesso à saúde e à proteção da dignidade humana, esse direito também é assegurado em nossa Carta Magna de 1988.

O direito à saúde passa a ser assegurado constitucionalmente no Brasil em 1988, contemplando, além da universalidade do acesso, a equidade e a integralidade. Apesar de declarada como um direito constitucional, a população brasileira enfrenta desafios diversos para ter a saúde assegurada pelo Estado na amplitude do seu conteúdo. O princípio da integralidade representa o reconhecimento da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, demonstrando que o direito à saúde no Brasil não está restrito a uma "cesta-básica" de serviços, mas deve contemplar o essencial para um cuidado à saúde com dignidade. (SILVA; BEZERRA; TANAKA, 2012, p. 11).

Para tanto devem os poderes legislativo e executivo agir de forma a propiciar meios adequados que sirvam para resguardar esses direitos, para que haja um Estado Democrático de Direito, bem estar social, universal e igualitário, para tanto, o dever do Estado em assegurar o acesso à uma saúde de qualidade, assegurando o gozo para cada cidadão de suas necessidades existenciais.

Na votação da proposta de Emenda Constitucional 181/2011, não houve uma igualdade de homens ou mulheres durante a votação, tendo em vista que no Congresso é composto por sua maioria de homens, que optaram pela criminalização do aborto, contrariando inclusive a legislação vigente atual, onde é considerada lícita a prática do aborto em determinados casos. Foi observado nas votações o total de 90% dos presentes sendo do gênero masculino, ou seja, as mulheres são mais da metade dos eleitores brasileiros, e ocupam menos de 10% das vagas no Congresso Nacional.

Isso faz com que a mulher fique em posições de poder inferior, e por consequência acaba impedindo que as mulheres sejam protagonistas das escolhas que irão lhes afetar e as usurpam de direitos que já foram consolidados outrora acarretando em um risco maior no futuro, pois, a chance de aumentar o aborto em consultórios clandestinos apenas cresce. E, já sabemos que hoje a quarta causa de mortalidade materna ocorre em decorrência de abortos realizados em condições precárias de saúde.

Direito de abortar em alguns casos foi um direito conquistado pelas mulheres, em específico pelo engajamento de grupos feministas, tais conquistas como o direito ao voto feminino, conquistas no ramo trabalhista, superação de conceitos criados na cultura social ocidental que utilizava o termo "mulher solteira" como algo pejorativo, a superação de rótulos antiquados como o de mulher desquitada. Todas essas lutas e conquistas femininas no Brasil serviram para assegurar um avanço na forma de como a mulher é enxergada na sociedade, trazendo mais segurança no quesito de direito das mulheres, direitos individuais e direitos de pessoas vulneráveis principalmente mulheres pobres e negras e esses avanços na mentalidade ocidental sempre são alvos de ataques por parte de um sistema patriarcal e conservador que acredita mais no dever de reprodução do que nas liberdades femininas.

4 CONCLUSÃO

Sabendo que a lei serve para melhorar uma condição social existente e jamais retroceder, através de uma análise política, social, econômica e cultural deve prezar pelo bem-estar social de forma a evitar retrocessos, criminalizar o aborto não alcança nenhuma evolução para a sociedade, pelo contrário, traz à tona a ideia retrógrada de que a punir é mais fácil do que fornece meios de proteção efetiva do Estado à saúde.

Transformar em crime a prática do aborto apenas faz com que aumente a possibilidade de criação de dispositivos legais discriminatórios e que violem a dignidade humana de forma avassaladora indo contra os direitos fundamentais e as garantias expressas na constituição no que tange o acesso à saúde e ao poder-dever do Estado em assegurar de nível satisfatório às necessidades existenciais das mulheres vítimas de estupro.

A tentativa de criminalizar o acesso ao aborto nos casos em que existe consenso no Brasil de que não se trata de uma prática criminosa, como ocorre na alteração proposta do constitucional no artigo 1º, que trata dos fundamentos do Estado, passando a existir a expressão “desde a concepção” quando se trata da “dignidade da pessoa humana”, sugerindo “garantir a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção” é exemplo de extrema violação aos tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário, pois não preza pela saúde mental das mulheres que são vítimas de estupro e submetidas muitas das vezes a tratamentos caseiros, clandestinos mal feitos e que colocam a vida em risco.

Sendo que é dever do Estado garantir o aborto de forma segura e legal nos casos de estupro, agressão sexual, incesto, risco à vida, ou risco à saúde da mulher e nos casos de comprometimento fetal grave. Se o aborto ocorrer por outras causas correm o risco de cumprir pena por até 3 anos de prisão.

Colocando em risco a liberdade da mulher que possui gravidez de risco principalmente nos casos recentes de portadoras do vírus Zika.

Reportagens na imprensa sugerem que, em 2017, os tribunais registraram mais de 300 processos criminais contra mulheres que realizaram um aborto, muitas denunciadas por profissionais de saúde após terem procurado atendimento médico pós-aborto. A Human Rights Watch documentou as consequências das restrições ao aborto no Brasil em um relatório de [julho de 2017](#) sobre o impacto do surto de Zika no país. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019, p. 1).

Devido ao contexto no qual foi verificada a votação para a aprovação dessa proposta de emenda constitucional, de extrema desigualdade de gênero, pela observância da falta de representação feminina decidiram por uma criminalização que gera o aumento de realizações de aborto inseguro. É de conhecimento de todos que mulheres que possuem boas condições financeiras abortam no conforto de suas casas, diferente de como ocorre com mulheres de baixa renda, pois não possuem o aparato médico em casa.

Conforme entrevista feita com Rebeca Silva Leite, na qual afirma que o maior medo dela era de tomar o remédio, que é de fácil, acesso no Brasil, e ter alguma complicação na sua casa e, não poder ir ao hospital por medo de ser indiciada:

Em 2017 pediu ao STF para interromper sua gravidez não planejada com segurança. Ela disse que temia um aborto clandestino: “Meu medo era de tomar o remédio e ter alguma complicação dentro da minha casa e não poder ir para um hospital para falar o que está acontecendo e morrer na minha casa e deixar meus dois filhos. Ou medo de eu ir para o hospital e lá ter que falar o que aconteceu realmente e acabar indo para uma delegacia e sendo indiciada.” A ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, negou o pedido de Rebeca por motivos processuais, mas não se pronunciou sobre o mérito. (BBC BRASIL, 2019, p. 1).

A Constituição Brasileira possui característica progressista, e possui a previsão de construção de políticas sociais de proteção e recuperação da saúde da população, logo, criminalizar vai a contrassenso do disposto em nosso ordenamento jurídico, fazendo com que o aborto seja praticado em condições de clandestinidade, condições sanitárias péssimas. O retrocesso é evidente nos argumentos dos presentes naquela Câmara, ao votarem por criminalizar o aborto, tal mentalidade nos remete ao ano de 1890 na Constituinte Republicana devido às condições antidemocráticas, quando surgia a conquista básica de voto para a mulher, e as primeiras manifestações a favor do direito político ao voto feminino para as mulheres brasileiras.

Todavia, a emenda que concedia expressamente o direito de voto à mulher não foi aprovada visto que os debates parlamentares não foram acompanhados por qualquer movimento de apoio à iniciativa feminina ao voto e a maioria dos presentes eram homens, visto que decisões que afetam e que dizem respeito à direitos políticos das mulheres são realizadas em uma completa desigualdade e os resultados dessas práticas é a deslegitimação de uma luta política feminina que perdura séculos de combate a ideais opressores e discriminatórios no que se refere ao papel social de mulher.

No Brasil a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher - PNAISM obteve dados que revelou a condição de vida diferente entre homens e mulheres, e em 1984 ocorreram mudanças através da eleição de prioridades atendimento às mulheres de acordo com o perfil populacional, visando à integralidade, equidade, inclusão de ações educativas e preventivas à assistência para mulheres em estado gravídico.

Criminalizar aumenta os riscos de saúde da mulher e diminui a proteção integral que cabe ao Estado propiciar, retirando a segurança do sistema jurídico diante dessa imposição à maternidade indesejada e pondo em risco a saúde e a vida das mulheres, violando assim princípios e liberdades constitucionais em decorrência de um processo de deliberação política que não leva em conta os riscos da criminalização do aborto e a liberdade de escolha da mulher (autodeterminação) e de assistência aos serviços de saúde adequados.

Deve-se ressaltar também que devido a falta de representatividade feminina a democracia em si entra em colapso e apenas quem possui relação privilegiada com o parlamento consegue discutir de forma igual os temas abordados em pauta e expor seus pontos de vista e interesses.

Trata-se muito mais do que direito de representatividade, está em questão também a proteção dos direitos humanos da mulher e também das parlamentares que não possuem poder de voz pelo fato de a maioria do congresso ser composto por homens. Essa falta de representatividade feminina é saudável para a sociedade feminina? Diante de tamanha disparidade de gênero não é possível confiar, aceitar as decisões desses parlamentares, não estamos diante de uma representação do povo feminino e, muito menos prontos para discussão de qualidade para atender as necessidades da mulher no sistema brasileiro legislativo e executivo.

Embora já está mais do que comprovado a violação sobre os direitos humanos de Parlamentares que em sua maioria ocorre em detrimento do gênero feminino principalmente na América e na Ásia, onde cerca de 75% diz respeito a deputados de oposição. Fato este que pode ser constatado como um reflexo da sociedade conservadora e, a forma como eles veem que a mulher deve desempenhar o seu papel na sociedade apenas como mulher do lar, mãe e esposa.

Precisamos pensar sobre a paridade política de gênero o mais rápido possível levando em consideração essas alterações legislativas atrasadas, que preferem criminalizar do que oferecer assistência para a saúde. Uma vez que a Constituição Federal não aborda o tema aborto, deve-se fazer uma interpretação principiológica no que tange o uso dos princípios de dignidade da mulher e acesso à saúde de qualidade devendo. Devendo o estado legislativo agir para compatibilização de direitos e não entregando esse papel ao poder judiciário na falta de uma legislação que aborde este tema, levando em consideração as mudanças de paradigmas atuais, e proteger os direitos da mulher a dignidade, igualdade, liberdade, autonomia, disposição sobre o próprio corpo e seus direitos humanos do século XXI.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Karla Ferraz dos; SANTOS, Vanessa Cruz; SOUZA, Raquel. Et al. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. *Saúde debate*. vol.37, no.98 Rio de Janeiro Jul./Sep. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2018.

ANTUNES, Rogéria. **A Mulher no Espaço Político Formal**. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/viewFile/10145/6644>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

ARTIGO 25º: Direito à saúde, bem estar e segurança. Disponível em: <[r&l=&id=qefndwaaqbj&oi=fnd&pg=pt2&dq=direitos+humanos+e+direito+da+mulher&ots=xlht00egp3&sig=bdd7vwlonlc1owbqdt_rkp15qy#v=onepage&q=direitos%20humanos%20e%20direito%20da%20mulher&f=false](http://www.fundacao.org.br/pt2&dq=direitos+humanos+e+direito+da+mulher&ots=xlht00egp3&sig=bdd7vwlonlc1owbqdt_rkp15qy#v=onepage&q=direitos%20humanos%20e%20direito%20da%20mulher&f=false)>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BBC BRASIL. **Grávida que teve pedido para interromper gestação negado pelo supremo faz aborto na Colômbia**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42292032>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **PEC nº 181/2015, com origem na PEC nº 99/2015, dos senadores Aécio Neves (PSDB/MG) e outros, que “Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal, para dispor sobre a licença-maternidade em caso de parto prematuro”, em trâmite na Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<https://observatoriocrianca.org.br/agenda-legislativa/temas/saude-recem-nascido/4576-camara-pec-181-2015#sobre>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

CONHEÇA o voto de Joaquim Barbosa no caso anencefalia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-abr-29/conheca_voto_joaquim_barbosa_anencefalia?pagina=2>. Acesso em: 20 set. 2018.

ESTATÍSTICAS de Gênero. Indicadores se Gênero 2018. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/9d6f4faeda1f1fb7532be7a9240cc233.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Brazil: Decriminalize Abortion**. Disponível em: <<https://www.hrw.org/news/2018/07/31/brazil-decriminalize-abortion>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

JARDIM, Maria Chaves. **Os bastidores da tribuna: mulher, política e poder no Maranhão**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332013000200021>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SILVA, Keila Brito; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Comunicação Saúde Educação** v.16, n.40, p.249-59, jan./mar. 2012. Disponível Em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop1812>>. Acesso em: 29 set. 2018.

WOMEN In National Parliaments. Disponível em: <<http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

O QUE ESTAMOS PESQUISANDO



Sob a chancela do corpo docente da Unisul Campus Universitário da Grande Florianópolis, eis o resultado dos trabalhos monográficos indicados para publicação, meticulosamente revisados por professores orientadores, membros integrantes de banca e coordenadores de núcleo de monografia.

PORN REVENGE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA EFICÁCIA DA LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018 EM FRENTE ÀS DECISÕES BRASILEIRAS E À LEGISLAÇÃO MUNDIAL

Acadêmico: Adolfo Robert

Orientador: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga

Examinadora: Priscila de Azambuja Tagliari

Examinadora: Eliana Becker

E-mail: lobodolfo@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho apresenta, em escala mundial, o fenômeno da pornografia de vingança, demonstrando os danos que a prática traz para as vítimas. Através de busca exploratória de material jurisprudencial, foi realizada uma análise comparativa de decisões proferidas anteriores à vigência da Lei nº 13.718, além de elencar as mudanças que o novo dispositivo trouxe ao Código Penal Brasileiro, de forma a concluir a eficácia da nova punição aprovada. Ainda, traz legislações de oito países que tratam do *porn revenge*, de modo a estudar as maneiras que cada país encontrou de combater a pornografia de vingança e comparar, uma última vez, com a legislação brasileira, para medir a posição do novo dispositivo perante o âmbito mundial. Ao final, traz uma crítica à tendência que a sociedade atual tem de lidar com esse tipo de agressão contra a dignidade sexual e traz sugestões para que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.718 sejam ainda mais efetivas.

Palavras Chave: Pornografia de Vingança. *Porn Revenge*. Eficácia da Lei nº 13.718/18.

A (IM)POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELO DISCURSO DO ÓDIO

Acadêmica: Caroline Garcia Bruning

Orientadora: Sâmia Mônica Fortunato

Examinadora: Patrícia de Oliveira França.

Examinador: Rodrigo Nunes Lunardelli

E-mail: carolbruning@msn.com

Resumo: Considerando a relevante problemática do discurso do ódio e da liberdade de expressão na atualidade, diante da recorrente aparição do referido discurso, a presente pesquisa visa responder se é possível restringir o referido direito quando exercido por meio do discurso do ódio. Objetiva-se verificar a possibilidade de restrição da liberdade de expressão pelo discurso do ódio, de modo que se deve abordar esse direito, apresentar o discurso do ódio e demonstrar o conflito existente entre direitos fundamentais, assim como as suas possíveis resoluções. A liberdade de manifestação do pensamento é a liberdade de manifestar livremente as suas ideias e opiniões, diante do juízo de valor, sem ser censurado previamente e sem necessidade de repassar somente informações verídicas, pois se trata de um direito subjetivo. Já o discurso do ódio, por sua vez, é considerado como toda conduta que expressa a intolerância e incita o preconceito e a discriminação contra as minorias por razões superficiais. A problemática gira em torno da resolução desse conflito, pois ainda que o discurso do ódio seja uma forma de manifestação do pensamento, ocasiona em ofensa aos outros direitos fundamentais. A abordagem é de pensamento dedutivo, de natureza qualitativa, de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental. Isso porque a pesquisa é fundamentada em doutrinas, artigos científicos, legislação, jurisprudência, teses, dissertações e pesquisas. Desse modo, observa-se que existem algumas soluções para o conflito em questão apontadas pela doutrina e jurisprudência pátria, como a aplicação da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade, tendo em vista sempre o caso concreto, o que permite concluir que é possível a restrição da liberdade de expressão quando exercida por meio do discurso do ódio.

Palavras-chave: Direito constitucional. Liberdade de expressão. Discurso do ódio.

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Acadêmica: Daiana Haiduk

Orientadora: Carolina Aragão de Santana

Examinador: Elvis Daniel Muller

Examinador: Julian de Freitas Salvan

E-Mail: dai_haiduk@hotmail.com

Resumo: Esta pesquisa tem por objetivo apresentar o instituto da arbitragem como forma alternativa de solucionar os conflitos de natureza trabalhista. Os conflitos são litígios existentes em todas as áreas de relacionamento humano sendo inerente à vida em sociedade. É um impasse que surge da relação de duas ou mais pessoas, decorrentes de interesses divergentes, por isso, o Direito do Trabalho possui função de pacificar essas divergências aplicando o direito no caso concreto. E, diante das inúmeras transformações econômicas e sociais e do grande número de processos judiciais, os meios alternativos de soluções de conflitos, como a técnica da arbitragem, demonstram celeridade e eficácia. O presente trabalho tem como propósito verificar se a arbitragem como forma alternativa na resolução dos conflitos atuais é aplicável no Direito do Trabalho. Entretanto, são diversas as opiniões quanto à aplicabilidade desta ferramenta nos dissídios individuais trabalhistas, diferente do que acontece com os conflitos coletivos. Mas, diante da previsão legal atual, é perfeitamente possível aplicar o instituto da arbitragem no Direito do Trabalho, tanto nos conflitos coletivos, como nos conflitos individuais, desde que observados os requisitos legais. A pesquisa apresenta o resultado a partir do método dedutivo, de natureza qualitativa e procedimento monográfico, tendo como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Conflitos Trabalhistas. Arbitragem.

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DIANTE DA INCAPACIDADE PARCIAL: CONDIÇÕES PESSOAIS E SOCIAIS

Acadêmica: Daiana Schuck

Orientadora: Patrícia de Oliveira França

Examinador: Hernani Luiz Sobierajski

Examinador: Hercílio Emerich Lentz

E-mail: daia_skk@hotmail.com

Resumo: A concessão de benefícios por incapacidade, essencialmente o auxílio-doença previdenciário e a aposentadoria por invalidez, junto ao Regime Geral da Previdência Social estão condicionadas ao cumprimento de certos requisitos como: qualidade de segurado, carência e incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual de forma parcial e temporária, para o auxílio-doença e incapacidade definitiva insusceptível de reabilitação, para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, para a concessão de aposentadoria por invalidez, de acordo com a Lei de Benefícios n. 8.213/1991 e o Regulamento Geral da Previdência Social Decreto Lei n. 3.048/99. O objetivo desta monografia é verificar, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, a possibilidade da concessão da aposentadoria por invalidez mesmo diante da aferição de incapacidade parcial e quais os critérios de aplicação das condições pessoais e sociais, tendo em vista o grande número de processos indeferidos na via administrativa e concedidos judicialmente nos últimos anos, sendo o método de abordagem utilizado, quanto à natureza, qualitativo, e quanto ao pensamento, dedutivo. Conclui-se que a verificação da incapacidade definitiva para fins de aposentadoria por invalidez não se satisfaz apenas por meio de perícia médica, conforme preceitua o texto legal. A incapacidade para prover o seu próprio sustento pode decorrer da condição física, psicológica e social. A jurisprudência pacificou a súmula n. 47 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, na qual assevera que uma vez reconhecida a incapacidade parcial, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez. Entretanto, não se delimitou os critérios de aplicação da referida súmula, de modo que a utilização do enunciado pelos julgadores ocorre de forma discricionária, reduzindo seu alcance ao ir de encontro com casos de invalidez social.

Palavras-Chave: Aposentadoria por invalidez. Condições pessoais e sociais. Incapacidade parcial.

A (IM)POSSIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS SEREM RESPONSABILIZADAS CIVILMENTE POR DANOS SOCIOAMBIENTAIS CAUSADOS POR SEUS CLIENTES

Acadêmico: Diego Felipe da Silva

Orientadora: Giglione Edite Zenela Maia

Examinadora: Patricia de Oliveira França

Examinadora: Diane dal Mago

E-mail: ajk7724@gmail.com

Resumo: A Constituição Federal, especificamente em seu artigo 225, determina que é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem de uso de comum de povo. Para cumprir esta determinação constitucional é necessário observar os princípios e valores ligados ao meio ambiente, de forma a garantir uma atuação socioambiental. As consequências para o descumprimento da ordem constitucional de defender e preservar o meio ambiente são nefastas e, assim, o meio jurídico buscou tutelar este bem de uso comum do povo atribuindo a seus agressores a responsabilidade pelos danos cometidos, o que pode ser demonstrado através de decisões judiciais sobre o tema. E é nesse contexto que se realiza o presente trabalho monográfico, no objetivo de responder a seguinte problemática: podem as instituições financeiras serem responsabilizadas civilmente por danos ambientais causados por seus clientes? Assim, o objetivo da pesquisa é impactar no mundo jurídico do direito ambiental, porém, buscar formas práticas de efetivação da sua tutela e assim atingir o fim a que a normatização se destina. E, para tanto, será necessário conceituar o instituto da responsabilidade civil e, também, o meio ambiente para através dos dois conceitos demonstrar os reflexos da responsabilidade civil na questão ambiental. Os procedimentos metodológicos adotados foram o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa. E como resultado, tem-se que apesar do tema ser atual, ele não é novo, e assim está longe de ser esgotado. A importância e abrangência da temática tornam necessário que se tenha uma base jurídica para a aferição da responsabilidade civil ambiental, uma vez que é dever de todos defender e preservar o meio ambiente, porém esta abrangência não pode ser um permissivo para se criar a insegurança jurídica. Por isso, a determinação do Banco Central do Brasil, através da resolução 4.327/2014, para que as instituições financeira criem uma Política de Responsabilidade Socioambiental se apresenta como uma avanço para se manter a abrangência do instituto da responsabilidade civil ambiental, mas também dar mais segurança jurídica às empresas que, ao alinharem seus princípios e valores com os preceitos ambientais, terão mais segurança de que caminham na direção certa tanto de evitar um dano ambiental, quanto de serem responsabilizadas civilmente por ele.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Meio ambiente. Responsabilidade civil ambiental.

A CONSTITUIÇÃO DE HOLDING FAMILIAR BUSCANDO A ORGANIZAÇÃO PATRIMONIAL E O AUXÍLIO NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Acadêmico: Eduardo Gomes Apolinário

Orientador: Hernani Luiz Sobierajski

Examinadora: Deisi Cristini Schweitzer

Examinador: Jeferson Puel

E-mail: eduardoapolinario2@gmail.com

Resumo: O presente trabalho aborda a constituição de uma holding familiar para auxiliar na organização patrimonial da família, bem como facilitar o planejamento sucessório, buscando a preservação do patrimônio e uma redução legal dos tributos incidentes sobre a sucessão. O trabalho tem como objetivo geral analisar a eficácia da holding na prevenção de conflitos, proteção do patrimônio e redução da carga tributária. Quanto aos procedimentos metodológicos, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, tendo como o propósito alcançar uma premissa específica, partindo da generalidade. Para atingir os objetivos deste trabalho, descreve-se o início da utilização deste instrumento no Brasil, bem como suas principais características e benefícios, partindo para sua conceituação, caminhos para a constituição, objetivos e benefícios do planejamento sucessório, tendo a preservação do patrimônio como uma das necessidades, bem como, a consequência do planejamento tributário diante da possibilidade de redução de impostos. Por fim, conclui-se que a constituição da holding familiar, diante dos objetivos apresentados, é benéfica e válida para a família diante seus objetivos.

Palavras-Chave: Holding. Planejamento Sucessório. Proteção Patrimonial. Planejamento Tributário.

A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA

Acadêmica: Estefania del Carmen Castro Grignon

Orientador: Jeferson Puel

Examinador: Alexandre Russi,

Examinadora: Carina Milioli Corrêa

E-mail: stephcg23@gmail.com

Resumo: A infração à ordem econômica é prática reprimida pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora a existência de práticas que possam trazer benefícios ao mercado seja parte do exercício da concorrência. O Estado tem o importante papel de verificar quando as condutas dos agentes econômicos caracterizam ou não conduta anticompetitiva, de modo que essa tarefa é desempenhada pelo Cade. Assim, o objetivo da presente monografia é verificar se há segurança jurídica na atuação do Cade frente às condutas lesivas à concorrência. Nesse contexto, apresenta-se a Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica e os conceitos necessários para se determinar as condutas anticompetitivas para, após, verificar as funções do Cade na repressão de condutas prejudiciais à concorrência. O método utilizado para esse trabalho é o dedutivo de natureza qualitativa, baseado principalmente na pesquisa em artigos científicos, doutrina e sites governamentais. Como resultado do presente trabalho, verificou-se ausência de definição de critérios adequados para identificação de infrações à ordem econômica, assim como a utilização de institutos antitruste estrangeiros sem a devida adaptação legislativa nacional, de forma a ocasionar controvérsias no âmbito da atuação do direito concorrencial.

Palavras-Chave: Defesa da Concorrência. Segurança Jurídica. Cade.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A (IM) POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DE CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DO INDIVÍDUO

Acadêmica: Fernanda Freitas

Orientadora: Giglione Zanela Maia

Examinador: Pedro Adilão Ferrari Junior

Examinadora: Dagliê Colaço

E-mail: nandafreitass@hotmail.com

Resumo: Este trabalho monográfico foi desenvolvido com o objetivo geral de identificar a possibilidade, ante as premissas da hermenêutica constitucional, de relativização das características dos direitos fundamentais frente ao princípio da autonomia da vontade do indivíduo. Os objetivos específicos da presente pesquisa são: a) contextualizar os direitos fundamentais do indivíduo e conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana; b) apresentar acerca da hermenêutica constitucional no Brasil; c) estudar a autonomia da vontade do indivíduo e sua influência na relativização dos direitos fundamentais. A pesquisa possui método de abordagem dedutivo, de natureza qualitativa e procedimento monográfico. Para viabilizar o alcance de conclusões acerca da presente temática, inicialmente, são apresentadas as características e dimensões dos direitos fundamentais, que são normas jurídicas ligadas à ideia de limitação do poder estatal e dignidade da pessoa humana. Após, é analisada a hermenêutica constitucional, com enfoque nos métodos clássicos de interpretação da Constituição, além da autonomia da vontade do indivíduo, que garante a liberdade e a autodeterminação da pessoa humana. Por fim, são analisados os institutos do testamento vital e do aborto de fetos anencéfalos, para se chegar à conclusão de que há, ainda que de forma controvertida, a possibilidade de relativização de características dos direitos fundamentais ante a autonomia da vontade do indivíduo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Hermenêutica constitucional. Autonomia da vontade.

OS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO MEIO JURÍDICO BRASILEIRO

Acadêmica: Franciele Regina Gerhart

Orientador: Joao da Silva

Examinador: Elvis Muller

Examinador: Paulo Carvalho

E-mail: Franzinha1965@hotmail.com

Resumo: O objetivo deste estudo foi apresentar os impactos da Inteligência Artificial no âmbito jurídico, indicando as vantagens e os problemas que poderão surgir no futuro. O assunto é relevante no meio forense, que envolve o direito, princípios, ética, e a sociedade. Os principais objetivos do estudo são apresentar a história dos computadores, da internet, do aprendizado da máquina, das redes neurais biológicas artificiais, a ciência dos dados e da internet das coisas, conhecer as legislações brasileiras que regulamentam e dispõem sobre o acesso ao mundo virtual, visando a proteção dos usuários e sua privacidade. Além disso, o estudo tem como objetivo apontar os riscos do autômato e também apresentar as novas plataformas jurídicas apoiadas pela Inteligência Artificial que visam auxiliar os advogados e o judiciário, como a Ross Intelligence e o robô Victor. O estudo é uma pesquisa qualitativa, realizada por meio dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico. As questões relacionadas à segurança na internet e o fluxo global de dados pessoais aceleraram a criação de lei específica, que trata do direito à privacidade que visa proteger os dados pessoais, também presente na Constituição.

Palavras-chave: Artificial Intelligence. Machine Learning. Privacidade. Autômato. Ross Intelligence. Victor.

O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS E SUA VALIDADE NO PROCESSO PENAL

Acadêmica: Gabriela Roldão França

Orientadora: Eliana Becker

Examinador: Everson Becker Silva

Examinador: Fabiano Zoldan

E-mail: gabirollds@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo verificar a validade dos encontros fortuitos de prova no processo penal brasileiro, o que se faz com amparo na doutrina nacional e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em razão do silêncio legislativo no tratamento da matéria. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem de pensamento dedutivo e de natureza qualitativa, viabilizado por meio do método de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A fim de construir um raciocínio lógico de pesquisa, o trabalho inicia-se com a fixação das bases principiológicas do processo penal, com enfoque especial aos princípios que norteiam a atividade probatória. Na sequência, apresenta os principais aspectos relativos à prova penal e algumas considerações sobre os meios de prova em espécie, tendo como foco a interceptação das comunicações telefônicas e a busca e apreensão domiciliar. Com base nessas premissas, o último capítulo de desenvolvimento introduz o tema do encontro fortuito de provas e traz um estudo doutrinário e jurisprudencial acerca da sua validade no processo como elemento hábil a sustentar uma condenação. Por fim, conclui que, embora a doutrina majoritária condicione a validade da prova fortuita à existência de relação de conexão ou continência entre o crime descoberto e aquele que originou a medida persecutória, a jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores tem dispensado esse critério, exigindo apenas a regularidade do procedimento investigatório para a validade dos elementos através dele obtidos, independente da vinculação entre os delitos.

Palavras-Chave: Processo Penal. Prova ilícita. Encontro fortuito de provas. Serendipidade.

POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO POR CONDÔMINO COM POSSE EXCLUSIVA SOBRE O BEM IMÓVEL

Acadêmica: Géssica Bernardo

Orientadora: Deisi Cristini Schweitzer

Examinadora: Sâmia Mônica Fortunato

Examinador: Denis de Souza Luiz

E-mail: gessicabe1504@gmail.com

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo verificar a possibilidade da usucapião por condômino que exerce a posse exclusiva sobre o bem imóvel. Neste sentido, o trabalho monográfico abordará o entendimento dos doutrinadores e da jurisprudência acerca do referido tema. No decorrer da pesquisa são abordados os mais diversos assuntos como o instituto da posse, contemplando o seu conceito, teorias, classificação, efeitos, aquisição e perda. O direito real de propriedade é outro instituto analisado, elencando os conceitos e elementos constitutivos, bem como as características, classificação, função social, a aquisição e perda. Já em relação ao condomínio, outro instituto relevante para atingir o objetivo da pesquisa, são abordadas as modalidades, ou seja, voluntário, necessário e edilício. Por fim, analisada a usucapião, abordando o seu conceito, requisitos, modalidades, bem como a inovação trazida pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que acrescentou a possibilidade da usucapião extrajudicial em virtude da desjudicialização. O método de abordagem é de pensamento dedutivo, pois parte de uma situação geral, ou seja, posse, para o especial, a usucapião da posse exclusiva de bem imóvel por condômino. A natureza da pesquisa é qualitativa, com método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, legislação, doutrinas, jurisprudências e artigos jurídicos. O trabalho verifica por meio da análise jurisprudencial e doutrinária que é possível a usucapião por condômino quando houver posse exclusiva de bem imóvel, tanto pela via judicial quanto pela via extrajudicial.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Condomínio. Usucapião.

CRIMINAL COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA TRANSFERÊNCIA DE ATLETAS DE FUTEBOL NO BRASIL

Acadêmico: Henrique Dias Alperstedt

Orientador: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga

Examinadora: Eliana Becker

Examinadora: Priscila de Azambuja Tagliari

E-mail: hdiasalperstedt@gmail.com

Resumo: O presente Trabalho de Conclusão de Curso versa sobre a utilização do Criminal Compliance como instrumento de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro na transferência de atletas de futebol no Brasil. O trabalho aborda o conceito de Compliance e suas características, o crime de lavagem de dinheiro e a importância do combate – de forma preventiva – ao delito. Por fim, discorre sobre o Criminal Compliance no que tange ao combate ao crime de lavagem de dinheiro, buscando o entendimento do funcionamento deste no mercado de transferência de atletas de futebol no Brasil, para constatar que o Criminal Compliance se trata de mecanismo complexo e multidisciplinar, capaz de colaborar com o Estado na prevenção ao crime de lavagem de dinheiro no setor supracitado, apesar das lacunas da legislação e impossibilidade de reduzir a zero o risco de cometimento do crime. Para tanto, será utilizado o procedimento monográfico, visto que trata de um tema específico.

Palavras-chave: Criminal Compliance. Lavagem de dinheiro. Futebol.

A (IM)POSSIBILIDADE DO USO PARASITÁRIO DE MARCA EM SITES DE BUSCAS

Acadêmico: João Artur Koerich

Orientador: Pedro Adilão Ferrari Junior

Examinadora: Gigliane Edite Zanela Maia

Examinadora: Dáglije Colaço

E-mail: joaoarturkoerich@gmail.com

Resumo: A monografia em questão objetiva verificar o uso da Marca de forma parasitária, ou seja, o aproveitamento da Marca por terceiros não detentores do registro desta em sites de buscas, tendo como tema central do estudo a (im)possibilidade dessa prática, ao buscar o conflito das prestação de serviço oferecida pelos sites de buscas por forma do contrato de link patrocinado com a legislação brasileira. O método de abordagem é dedutivo, por partir do ponto de uma verificação geral da origem e os efeitos da Marca até o embate do Direito de Marca sobre o seu uso sem qualquer concessão do titular do registro. Para esse fim, na construção do estudo com método de procedimento monográfico, são consultadas doutrinas e jurisprudências, contudo, diante da novidade do tema no ordenamento jurídico brasileiro, empregam-se artigos com discussões sobre a área, em especial os relacionados com o teor da Lei de Propriedade Industrial. O estudo inicia-se com a apresentação da linha histórica, bem como do conceito da Marca que, ao decorrer dos anos, teve seu significado alterado diante do seu uso. Além disso, são exibidas suas formas em espécies e modos de apresentação perante o consumidor. Ao decorrer do estudo, adentrando na lide, verifica-se o uso discriminado da Marca em link diverso com a exposição dos quesitos necessários ao seu registro, além de quem lhe é atribuído tal ato, sendo finalmente estudada a possibilidade legal desta forma de publicidade.

Palavras-chave: Marca. Link Patrocinado. Uso Parasitário. Sites de Buscas.

PROGRAMA DE COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Acadêmica: Josiane Martins de Freitas

Orientador: Rodrigo Nunes Lunardelli

Examinadora: Patrícia de Oliveira França

Examinadora: Sâmia Mônica Fortunato

E-mail: josianemdf@gmail.com

Resumo: O objetivo deste trabalho é verificar a forma de prevenção da responsabilidade dos administradores das Sociedades Limitadas. Para cumprir o objetivo traçado, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, sendo de natureza qualitativa, quanto ao método de procedimento utilizado, é o monográfico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica. A pesquisa traz conceitos de Sociedade Empresária, específica o tipo Sociedade Limitada e demonstra como se dá a atuação dos Administradores nas Sociedades Limitadas. Logo, há a definição de *compliance* com seu principal fundamento, Ética e Conduta, para assim, compreensão da Governança Corporativa. Torna-se necessário também, o entendimento das responsabilidades do administrador, podendo ser definidos por atos dentro dos limites impostos pela Sociedade Limitada, por atos de gestão com excesso de poder e por fim, sua responsabilidade na prática de atos ilícitos. Portanto, conclui-se que o *compliance* é um mecanismo utilizado como prevenção da responsabilidade do administrador na Sociedade Limitada, devido à imposição do cumprimento de normas para padronizar a conduta de atuação e diminuir os riscos reputacionais e econômicos.

Palavras-chave: *Compliance*. Administradores. Sociedades Limitadas.

A CURATELA FRENTE ÀS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Acadêmica: Kátia Victoriano Bunn

Orientador: Pedro Adilão Ferrari Júnior

Examinador: Denis de Souza Luiz

Examinador: Dagliê Colaço

E-mail: katia.bunn@gmail.com

Resumo: Este estudo tem por objetivo identificar as mudanças ocorridas no instituto da curatela após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Em 30 de março de 2007, foi assinado, em Nova Iorque, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), da Organização das Nações Unidas (ONU). Nesta mesma data, o Brasil tornou-se signatário e, em 25 de agosto de 2009, por meio do Decreto nº 6.949, foi promulgado. Esta Convenção Internacional sobre Direitos Humanos incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional sob o nº 45/2004, nos termos do Artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), trazendo um novo paradigma ao conceito de deficiência. O art. 12 da referida Convenção prevê que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Com esse novo entendimento, revogou-se e alterou-se alguns dispositivos do Código Civil de 2002, particularmente os relacionados à teoria das incapacidades, e trazendo o instituto da tomada de decisão apoiada. Com relação aos objetivos específicos, dividem-se no estudo da evolução histórica das incapacidades no direito brasileiro; na identificação das principais alterações e dos efeitos práticos que a novel legislação trouxe consigo e, por fim, a verificação da curatela frente às alterações propostas pelo EPD. Para isso, utiliza-se pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Nesse sentido, conclui-se que não existe mais no sistema jurídico brasileiro pessoa maior de idade que seja absolutamente incapaz. Consequentemente, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta, tendo em vista os menores não serem interditados. Assim, todas as pessoas com deficiência passam a ser plenamente capazes para o Direito Civil, visando ao exercício de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais, sobretudo, o direito de viver em igualdade com os demais.

Palavras-chave: Estatuto da pessoa com deficiência. Teoria das incapacidades. Curatela.

DIREITO AUTORAL E JOGOS DIGITAIS: UM ESTUDO ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AUTORAL DOS JOGOS DIGITAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Acadêmico: Keiffer Becker

Orientador: Denis de Souza Luiz

Examinadora: Carina Milioli Correa

Examinadora: Patrícia Ribeiro Mombach

E-mail: Keiffer-09@hotmail.com

Resumo: O contemporâneo estudo monográfico, objetiva verificar a regulamentação do Direito Autoral dos jogos digitais na legislação brasileira. A pesquisa se desenvolve com o escopo de responder à seguinte pergunta: Como é realizada a regulamentação do Direito Autoral dos jogos digitais na legislação brasileira? Para uma maior compreensão do tema proposto, o método de produção empregado é de pensamento dedutivo. A pesquisa tem natureza qualitativa e o método de procedimento é o monográfico, com a técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto dedica-se ao conceito de jogos digitais com base em sua evolução histórica e buscando também sua natureza jurídica. Consistem, igualmente, em elemento de estudo, os conceitos, definições e natureza dos Direitos Autorais, bem como a sua diferenciação com outros tipos de propriedades intelectuais que possam se assemelhar. Estudam-se também as legislações cabíveis ao Direito Autoral dos jogos digitais, partindo da perspectiva internacional e finalizando no âmbito nacional. E, por fim, demonstra-se necessidade de uma tipificação dos jogos digitais na legislação Autoral ou até mesmo uma Lei específica para tratar de sua proteção.

Palavras-chave: Direito Autoral. Jogos digitais. Programas de computador.

O DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL DIANTE DA LEI Nº 13.431/2017

Acadêmica: Luana Camila Martins

Orientadora: Cristiane Gourlart Cherem

Examinadora: Virgínia Lopes Rosa

Examinador: Adriano Martendal

E-mail: luanacmarrtins@hotmail.com

Resumo: O objetivo desse trabalho é contextualizar os aspectos do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Foi utilizado para a sua confecção o método de abordagem dedutivo, ao passo que a natureza da pesquisa foi qualitativa, seguindo o procedimento metodológico monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica. Para essa investigação foi analisada a violência de crianças e adolescentes e suas consequências psicológicas e jurídicas, para possibilitar o estudo da escuta especializada e o depoimento especial na Lei nº 13.431/2017 e, por fim, contextualizar os aspectos do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Outrossim, concluiu-se ser importante o questionamento a respeito do ato de responsabilizar o infante pela produção de provas através do depoimento especial, principalmente nos casos de abuso sexual. Sabe-se que a intenção do depoimento especial é acalantar as consequências psicológicas de uma situação de violência vivenciada, porém, esse procedimento não é impeditivo de danos ao infante.

Palavras-chave: Escuta especializada. Lei nº 13.431/2017. Depoimento especial.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NA ESFERA TRIBUTÁRIA

Acadêmica: Marínes Teresa Pasa

Orientador: Hernani Luiz Sobierajski

Examinador: Jeferson Puel

Examinadora: Eliane Luiz Espíndola de Souza

E-mail: marines.pasa@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na esfera tributária. Para a realização da pesquisa científica, é utilizado o método de abordagem do pensamento dedutivo, de natureza qualitativa e, como método de procedimento, o monográfico. A técnica de pesquisa é a bibliográfica, com base na legislação, em doutrinas, em jurisprudências, nos artigos científicos e sites oficiais. Trata da função social da empresa e dos efeitos da personalidade jurídica. São analisadas as razões da aplicação do instituto da desconsideração, ou disregard doctrine, mediante a adoção das teorias inerentes, a depender do caso concreto, bem como as principais condutas que podem levar à desconsideração e que estão contempladas em diversos diplomas legais. Evidencia a aplicação do instituto da desconsideração na esfera tributária. Restou demonstrado, ao final, a importância do instituto da desconsideração como instrumento jurídico para combater as fraudes cometidas sob o manto da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com objetivo de fraudar o fisco e, assim, praticar a evasão de tributos.

Palavras-Chave: Desconsideração da personalidade jurídica. Condutas. Tributo.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS A DESJUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Acadêmica: Margiane Baldus

Orientador: Jeferson Puel

Examinador: Alexandre Russi

Examinadora: Carina Milioli Corrêa

E-mail: gibalbus@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho objetiva verificar em quais hipóteses poderá ser realizada a mediação e a conciliação no âmbito das Serventias Extrajudiciais, e de que forma contribuirão com a desjudicialização e o acesso à justiça. É utilizado o método dedutivo, de procedimento histórico e monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica. Inicia-se estudando o desenvolvimento histórico e legislativo da atividade dos notários e registradores, segue-se com o conceito de Direito Notarial e Registral e os respectivos princípios norteadores.

Apresentam-se os principais aspectos de cada modalidade de Serventias Extrajudiciais do Brasil. Na sequência, discorre-se sobre a Conciliação, Mediação e Arbitragem. Devido a relevância para pesquisa foram trazidos à discussão, a preocupação do meio jurídico com a crise no judiciário e a tendência do legislador de ampliar as vias de acesso à justiça através da colaboração das Serventias Extrajudiciais. Aponta-se os princípios da duração razoável do processo, a desjudicialização e acesso à justiça, indissociáveis do tema central. Denota-se como resultado da pesquisa monográfica que os notários e registradores podem realizar a mediação e conciliação, nos termos permissivos pelo Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamenta a matéria, sendo que o artigo 42 da Lei 13.140/2015 prevê uma vinculação com a competência legal da Serventia.

Palavras-Chave: Direito Notarial e Registral. Mediação. Conciliação e Arbitragem. Serventias Extrajudiciais.

A INFLUÊNCIA DO ACORDO DE PARIS NA MATRIZ ENERGÉTICA BRASILEIRA: OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL DE BIOCOMBUSTÍVEIS – RENOVABIO

Acadêmica: Marina Sabino Baggio

Orientador: Rafael de Miranda

Examinador: João Batista da Silva

Examinadora: Deisi Cristini Schweitzer

E-mail: marinasbaggio@outlook.com

Resumo: O aquecimento global é uma preocupação mundial e isso fez com que o Brasil desenvolvesse o programa RenovaBio. Os objetivos para a construção deste trabalho, versam sobre a forma de evidenciar a influência do Acordo de Paris na matriz energética brasileira, bem como a influência sobre a Política Nacional de Biocombustíveis. Tendo como método a premissa da reunião dos Estados na 21ª Conferência das Partes – COP21, do qual foi conferido o Acordo de Paris e ratificado pelo Brasil. Diante da ratificação do acordo, houve a implementação da Política Nacional de Biocombustíveis, RenovaBio, que tem como incentivo aumentar a produção interna de biocombustíveis, bem como traçar estratégias para a introdução na matriz energética brasileira. O trabalho propõe uma análise da implementação do programa como política pública.

Palavras-Chave: Acordo de Paris. Biocombustível. RenovaBio.

O CÔNJUGE CASADO NO REGIME DA SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS: QUESTÕES DIVERGENTES NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Acadêmica: Marta Ugoccioni

Orientador: Régis Schneider Ardenghi

Examinadora: Luciana Faisca Nahas

Examinadora: Gisele Rodrigues Martins Goedert

E-mail: martaugoccioni@gmail.com

Resumo: A monografia tem o objetivo de refletir sobre a existência ou não da concorrência sucessória do cônjuge na primeira classe da ordem de vocação hereditária, quando casado no regime da separação convencional. O método de abordagem utilizado é de tipo dedutivo qualitativo, começando com considerações gerais sobre direito de família e sucessões e procedendo com o estudo mais aprofundado do artigo 1.829 do Código Civil. As técnicas de pesquisa são a bibliográfica, por meio de pesquisa doutrinária e documental, por meio de consulta à legislação e jurisprudência. O artigo 1.829 estabelece uma ordem preferencial de chamamento dos herdeiros dispostos em quatro classes, o cônjuge, elevado a condição de herdeiro necessário na terceira classe, é também concorrente com os ascendentes e os descendentes nas primeiras duas. Todavia, a concorrência disposta no inciso I do artigo 1.829 fica vinculada ao regime de bens adotado pelos cônjuges. Essa exigência abriu margem a dúvidas e divergências de entendimentos tanto em âmbito doutrinário como no âmbito jurisprudencial. Neste sentido, o trabalho visa estudar a possibilidade de inclusão ou não do cônjuge casado no regime da separação convencional a participar da herança, já que em vida, por meio de pacto antenupcial, dispôs, de comum acordo com o falecido, pela incomunicabilidade de seu patrimônio. O estudo realizado em jurisprudência corrobora com o último entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o cônjuge casado no regime da separação convencional de bens concorre à herança com os descendentes do falecido. Todavia, apesar de aparentemente pacificado, o tema continua sendo alvo de debates em âmbito acadêmico e doutrinário.

Palavras-Chave: Separação convencional. Direito Sucessório. Cônjuge.

CONTRATO DE FRANQUIA: UM PARALELO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, NORTEAMERICANO, PORTUGUÊS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acadêmico: Matheus Zim Amaro

Orientador: Gustavo Miranda Schlösser

Examinadora: Fátima Kamel Abed Deif Allah Mustafa

Examinador: Luiz Gustavo Lovato

E-mail: matheus.zim.amaro@terra.com.br

Resumo: Este trabalho tem por objetivo comparar os aspectos jurídicos referentes aos contratos de franquia no ordenamento brasileiro e ordenamentos norte-americano e português. E, além disso, verificar como os tribunais brasileiros aplicam a norma, a luz da segurança jurídica. O presente trabalho foi desenvolvido seguindo a metodologia de abordagem dedutiva, e de natureza qualitativa. O método de procedimento é definido por monográfico e comparativo, sendo a pesquisa realizada exclusivamente por meio bibliográfico. Os conceitos trazidos visam explicar o contrato de franquia, definindo o seu surgimento e caracterizando alguns itens fundamentais como: não concorrência, exclusividade, sigilo e confidencialidade e arbitragem. O pesquisador conclui que em relação aos ordenamentos jurídicos comparados, a norma brasileira se encontra em consonância e não se distingue muito do ordenamento norte-americano, berço do sistema de franquia. Em relação a jurisprudência brasileira foi verificado um respeito às normas e princípios contratuais, gerando um cenário de extrema segurança jurídica para as partes envolvidas nos contratos de franquia.

Palavras-Chave: Direito Empresarial. Contratos. Franquia.

FACTORING: A (DES) NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Acadêmica: Micaela Margarida Jardim Barradas Côrte

Orientadora: Fátima Kamel Abed Delf Allah Mustafa

Examinadora: Tânia Maria Françosi Santhias

Examinadora: Eliane Luiz Espíndola de Souza

E-mail: micaelacorte@hotmail.com

Resumo: A presente monografia objetiva apresentar a atividade de fomento mercantil, também chamada de *factoring*, o arcabouço legal que lhe dá suporte jurídico, e a tentativa de normatizar este instituto. Pretende-se compreender se de fato existe necessidade de uma norma específica e quais as consequências, na hipótese de vir a ocorrer a sua regulamentação. A metodologia utilizada é dedutiva qualitativa, com método de procedimento monográfico. Traz o histórico e os conceitos relacionados ao instituto do *factoring*, assim como suas definições legais e principais peculiaridades, nomeadamente a irrefutável característica de atividade comercial, e não financeira, bem como de sua excelsa e imprescindível função sócio/econômica. Faz a análise de dois projetos de lei em trâmite, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mostrando simultaneamente os seus efeitos na regulamentação da atividade. De outro lado, demonstra as dissensões doutrinárias e jurisprudenciais, bem como as incongruências redacionais dos dois projetos, que dogmaticamente descaracterizam o instituto, porém, de modo fático, lhe são benéficas no quesito regresso e garantias, em contraposição às leis vigentes. Por fim, é possível concluir com o presente estudo, pela permanência do instituto em obediência à legislação de praxe, e aos precedentes jurisprudenciais, e entende-se pela necessidade de reavaliação, revisão e adequação da redação, do texto normativo do segundo projeto analisado, na parte relativa ao *factoring*, pois caso venha a ser sancionado poderá entrar em conflito de normas com o direito positivado e princípios do Direito Empresarial.

Palavras-Chave: *Factoring*. Fomento Mercantil. Atividade Comercial. Direito Empresarial.

ABANDONO AFETIVO EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS

Acadêmica: Monique Muniz Braga Brattstroem

Orientadora: Gisele R. Martins Goedert

Examinadora: Carolina Aragão de Santana

Examinador: Denis de Souza Luiz

E-mail: Monique.braga@gmail.com

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso se refere ao abandono afetivo em relação aos pais idosos, tem por objetivo demonstrar a possibilidade de reparação civil dos filhos que abandonam afetivamente seus genitores idosos, tendo como base a legislação, as doutrinas e principalmente os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o direito de família, com foco na proteção ao idoso, assim como, pressupostos da responsabilidade civil. Para a efetivação da pesquisa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois parte de conceitos, princípios de família, assim como os direitos assegurados aos idosos, para chegar à possibilidade de reparação civil aos filhos, que abandonam afetivamente os pais idosos. A pesquisa é de natureza qualitativa e o método de procedimento o monográfico, bem como a técnica de pesquisa que é bibliográfica. Primeiramente, a pesquisa apresentará os principais aspectos que envolvem a família, a importância da instituição familiar, bem como os principais princípios que norteiam o direito de família, assim como suas funções e especificações. Em seguida, esclarece quem é considerado idoso e como o envelhecimento se dá na esfera familiar. Ainda analisa o Estatuto do Idoso, demonstrando os direitos e proteções que devem ser assegurados. O foco principal da pesquisa são os requisitos ensejadores de responsabilidade civil e a possibilidade de reparação, no caso específico, do abandono afetivo em relação aos pais idosos. Conclui-se, portanto, que é possível responsabilizar civilmente o filho que abandona afetivamente o pai idoso, independentemente de legislação expressa, tendo em vista que a prática do abandono traz danos irreparáveis para vítima, caracterizando ato ilícito, tornando-se possível o dever de indenizar.

Palavras-chave: Idoso. Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Indenização.

IMPACTOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

Acadêmica: Victoria Schmitt Zigelli

Orientadora: Fátima Kamel Abed Delf Allah Mustafa

Examinadora: Eliane Luiz Espíndola de Souza

Examinadora: Tânia Maria Françosi Santhias

E-mail: victoriaszigelli@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre como a assinatura de um acordo de leniência é capaz de repercutir nas organizações empresariais. O objetivo geral da monografia é identificar os impactos do acordo de leniência no desenvolvimento da atividade empresarial. Para isso, foi realizada pesquisa qualitativa cujo método de abordagem foi de pensamento dedutivo e o método de procedimento foi monográfico. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica com análise de doutrinas, artigos científicos e produções acadêmicas relacionadas à temática, com o objetivo de estudar e compreender a atividade empresarial, a importância econômica das organizações empresariais, o acordo de leniência, a função e a responsabilidade social da empresa e a relação existente entre o acordo e a atividade empresarial. Concluiu-se ao final do estudo que a assinatura do acordo de leniência por parte das organizações praticantes de ilícitos anticoncorrenciais ou atos de corrupção é capaz de preservar a atividade empresarial, mantendo a função social da empresa.

Palavras-Chave: Atividade empresarial. Acordo de Leniência. Preservação da Empresa. Função social da empresa.

A UTILIZAÇÃO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO MERCADO DE CAPITAIS (INSIDER TRADING): O TRATAMENTO DADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Acadêmico: Vinícius Augusto Cavalcanti de Vasconcelos

Orientadora: Fátima Kamel Abed Deif Allah Mustafa

Examinador: Hercílio Emerich Lentz

Examinadora: Eliana Becker

E-mail: vasconcelos.vini@gmail.com

Resumo: A presente monografia tem como objetivo apresentar a definição do ilícito da utilização de informações privilegiadas no mercado de capitais (insider trading), como nosso ordenamento jurídico a caracteriza, e mostrar quais medidas sancionatórias podem ser aplicadas para reprimir essa conduta, na esfera administrativa, civil e penal. O *insider trading* viola o direito dos investidores à equidade da informação, conduzindo os infratores à posição de superioridade frente aos demais, pondo em risco a confiabilidade do mercado. Isso acarreta o afastamento dos aplicadores, lesa o Sistema Financeiro Nacional, e prejudica a atividade de captação de recursos pelas grandes companhias para investimentos. O método de abordagem utilizado neste trabalho foi o dedutivo, de natureza qualitativa, e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Com a pesquisa, chegou-se à conclusão que há dispositivos legais que preveem e condenam a prática, com a incidência dos parágrafos primeiro e quarto do artigo 155, e parágrafo quarto do artigo 157, da Lei nº 6.404/1976 e o artigo 27-D da Lei 6.385/1976, complementados pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários nº 358/2002, que traz conceitos fundamentais para tipificar a conduta.

Palavras-Chave: Uso de informação privilegiada. *Insider trading*. Mercado de capitais.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O HABEAS CORPUS 152.752

Acadêmico: Wagner Renan Amaral de Souza

Orientadora: Patrícia Ribeiro Mombach

Examinador: Paulo Calgaro de Carvalho

Examinador: André Luiz Bermudez Pereira

E-mail: wagnerrenam23@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo verificar se o julgamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 152.752 respeitou o princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e em legislações internacionais das quais o Brasil é signatário. Desse modo, serão apresentados os efeitos que a observância ao princípio referido produz na legislação infraconstitucional brasileira, além de, verificar as espécies de prisões cautelares existentes no ordenamento jurídico pátrio e conceituar pormenorizadamente a denominada prisão-pena. O método de trabalho apresentado é o dedutivo, posto que parte-se do princípio da presunção de inocência para o julgamento do *habeas corpus* n. 152.752, no qual verificou-se a fundamentação utilizada pelos julgadores e o respeito ao texto constitucional. A natureza é qualitativa, o procedimento é monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica. Ao concluir os estudos acerca do tema ora discutido, verificou-se que a presunção de inocência é um direito coletivo constitucional, que a legislação infraconstitucional brasileira está em consonância com o princípio supramencionado, mas que o julgamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n. 152.752 não observou tal preceito constitucional, criando uma nova modalidade de prisão não prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Prisão-pena. Trânsito em julgado.

DIRETRIZES PARA AUTORES



Diretrizes para Autores

A Comissão Editorial da **Unisol de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina** define as seguintes normas editoriais para submissão de artigos:

- a) Serão aceitos manuscritos tão somente de profissionais da área do Direito e das Relações Internacionais, sendo indispensável a inclusão do link do curriculum lattes;
- b) Serão aceitos textos nas línguas portuguesa, inglesa, francesa, espanhola e italiana;
- c) Os artigos deverão ser apresentados de acordo com as orientações descritas na NBR 6022 da ABNT/2003. Disponíveis também no documento *Trabalhos Acadêmicos da Unisol*, seção 3.4:

MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisol: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisol.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.

- d) Os textos deverão ser submetidos na plataforma SEER.
- e) Os textos deverão ser apresentados na seguinte forma:
 - » espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
 - » ordem dos elementos que compõem o artigo: Título, Resumo, Palavras-chaves (estes três tópicos em português e em segundo idioma a escolher- inglês, espanhol, francês, italiano); Introdução; Material e métodos; Resultados e discussão; Conclusões; Referências.
 - » Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências.
 - » O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.
- f) A identificação de autoria do trabalho deverá ser removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em *Assegurando a Avaliação Cega por Pares*.
- g) O título do artigo deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas.
- h) O autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio ou em fase de análise por outros periódicos no espaço destinado a "Comentário ao Editor" no momento da submissão na plataforma SEER.
- i) O resumo deverá constar com até 250 palavras em seguida separadas por três espaços abaixo deverão ser colocadas as palavras-chaves.
- j) As citações no texto, bem como a lista de referências deverão obedecer as NBR 10520 e NBR 6023 respectivamente ou as orientações da publicação da Unisol: MACHADO, Christiane et al. *Trabalhos Acadêmicos na Unisol: apresentação gráfica*. Disponível em: <http://aplicacoes.unisol.br/pergamum/pdf/tau_2012.pdf>. Acesso em: 27 set. 2012.
- k) As ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na sequência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).

- l) A aceitação dos trabalhos dependerá de análise do Conselho Editorial.
- m) São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A Revista, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.
- n) Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.unisul.br>) deverão estar ativos e prontos para clicar.

Declaração de Direito Autoral

Ao encaminhar os originais, o(s) autor(es) cede(m) os direitos de publicação para a Revista, versão impressa e/ou eletrônica.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou para terceiros.

Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

- 1) A contribuição é original e inédita, e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao Editor”.
- 2) O espaçamento entrelinhas 1,5, fonte tipo Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas e nos formatos .doc. ou .rtf. (desde que não ultrapasse os 2MB);
- 3) URLs para as referências foram informadas quando necessário.
- 4) O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na seção Sobre a Revista.
- 5) A identificação de autoria do trabalho foi removida do arquivo e da opção Propriedades no Word, garantindo desta forma o critério de sigilo da revista, caso submetido para avaliação por pares (ex.: artigos), conforme instruções disponíveis em Assegurando a Avaliação Cega por Pares.

Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Endereço

defato.dedireito@unisul.br

NESTE NÚMERO

A vertente racional do jusnaturalismo

Reis Friede

A expansiva hermenêutica constitucional como mote do ativismo judicial

Arthur Bezerra de Souza Junior / Ronaldo de Oliveira Jarnyk

Considerações sobre democracia, ativismo e jurisdição: o “juiz atlas” e os efeitos de sua atuação na consolidação dos direitos inseridos na Constituição

Raphael de Souza Almeida Santos

Deslocamento Ambiental: causas e consequências observadas através das dimensões da sustentabilidade

Yury Augusto Dos Santos Queiroz / Heloise Siqueira Garcia

Direito ao sossego

Juliana Kairalla Garcia Viotti / Najla Pinterich Sahyoun

A observância do mínimo existencial na Responsabilidade Civil Ambiental: aplicação análoga da vedação ao confisco e capacidade contributiva como garantia do resultado eficiente

Carolina Schaufert Ávila da Silva

O Direito do Trabalho e a efetividade da proteção social aos trabalhadores brasileiros

Renata Do Val

La ocasión como elemento esencial del accidente de trabajo en italia y su enfoque jurídico-legal en sudamérica

Irving Aldo Rojas Valentino

La inclusión laboral para el trabajo digital

Julio Ismael Camacho Solís / Juan Carlos Román Fuentes

A importância da fiscalização, inclusive virtual, da publicidade na advocacia pela OAB

Biela Jr

Polícia de proximidade e o projeto “Sou estudante, Sou cidadão”: uma análise acerca dos resultados promovidos pela Polícia Militar de Camboriú/SC

Jonathan Cardoso Régis / Thiago Teixeira Ghilardi

Entre o homeschooling e a frequência escolar: aspectos jurídicos

Vaniele Medeiros Da Luz

O compliance e o direito preventivo

Claudio Joel Brito Lössio / Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos

As liberdades cívicas e a internet

Ana Cláudia Sousa de Campos

O devido processo legal substancial e sua aplicação ao inquérito policial

André Luiz Bermudez Pereira

A violação da garantia constitucional à saúde da mulher em decorrência da criminalização do aborto no Brasil

Thayane Suleima Azevedo